

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL

**El derecho de sufragio pasivo en el sistema interamericano de
derechos humanos**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Armando Salas Cruz

Director

Javier García Roca

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL

**EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR:

Armando Salas Cruz

Director: Prof. Dr. D. Javier García Roca

Madrid, mayo de 2015.

A Armando Jesús, Flor Manuela, Perla, Óscar y Ana Paula

EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

ÍNDICE

ABREVIATURAS	10
AGRADECIMIENTOS	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I	
UNA TEORÍA DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO	17
I. Concepto	17
II. Naturaleza	32
1. El derecho de sufragio pasivo como derecho fundamental	32
2. Nacionalidad y ciudadanía	38
A. Noción de ciudadanía	38
B. La ciudadanía como base de imputación del derecho de sufragio pasivo en el Pacto de San José	39
C. La condición de ciudadano en el continente americano	41
D. Dos tipo de nacionalidad ex <i>Conventionem</i> : originaria y adquirida	43
III. Sistema de restricciones o exclusiones	45
1. Requisitos generales de elegibilidad electoral	46
2. Capacidad electoral pasiva	50
3. Inelegibilidad	53
4. Incompatibilidad	57
IV. Relaciones e interacciones con otros derechos políticos	60
1. Libertad de expresión	60
A. Las dimensiones individual y social	61
B. Fines políticos	62

C. Fines electorales	64
2. Derecho de reunión y manifestación	67
3. Derecho de asociación política	72
A. A modo de conclusión	79
4. Sufragio activo	80

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS APLICABLES A LOS DERECHOS POLÍTICOS EN UN CONTEXTO CONVENCIONAL	83
I. Apuntes previos sobre la Convención Americana: naturaleza, fines y trascendencia	83
1. Naturaleza y aspectos estructurales	84
2. Fines, trascendencia y perspectiva	94
II. El preámbulo convencional: contexto de los principios y valores comunes americanos	96
1. La naturaleza subsidiaria de la protección internacional de derechos humanos	96
A. La regla básica del agotamiento de recursos internos	98
2. El valor de los preámbulos de los tratados internacionales, con especial referencia a la Convención Americana	99
3. Base democrática común de los Estados Americanos	101
4. Función interpretativa del Preámbulo convencional	103
5. Utilización de las disposiciones del Preámbulo en la jurisprudencia interamericana	105
A. La etapa consultiva	106
B. La etapa contenciosa	110
III. Principio de igualdad y no discriminación	114
1. Sobre el concepto de igualdad política	114
2. Igualdad y no discriminación	116
3. Igualdad de la mujer y cuotas electorales	118
IV. Principio democrático	128
1. Concepto y contenido	128
2. Evolución americana	129

3. Elaboración de la Carta Democrática Interamericana	130
A. Consideración preliminar	130
B. Apertura y cierre	132
a. El primer intento (fallido) de aprobación	132
b. El segundo intento y aprobación unánime	133
C. Fase intermedia	134
D. Consulta especializada	135
E. Consulta abierta	136
F. Algunas consecuencias	139
4. De su origen político a la utilización por la Corte Interamericana	140
A. Ámbitos de aplicación	140
a. Defensa colectiva de la democracia	140
b. Protección individual de derechos	147
B. Naturaleza jurídica	151
C. El vínculo democracia y derechos humanos	153
D. El doble objetivo	155
a. Reafirmar el principio democrático como principio complejo	155
b. Renovarlo con nuevos elementos: ¿un derecho a la democracia?	159
5. Interpretación en la jurisprudencia contenciosa	163
A. La relación CADH y CDI	163
B. Revisión de los casos	164
V. Principio de proporcionalidad	176

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 187

I. Aproximación a las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	187
1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la defensa de los derechos políticos	187
2. Casos en materia de sufragio pasivo (1988-2011)	194

A. Derecho a la nacionalidad	196
B. El monopolio de los partidos de las candidaturas electorales	198
C. Autenticidad de las elecciones	200
D. ¿Una inelegibilidad permanente es compatible con la CADH?	203
E. Unidad de la fórmula electoral e independencia procesal de los candidatos	206
F. Medidas cautelares y recurso efectivo para la tutela de los derechos políticos	208
G. Los senadores que no son elegidos por voto popular	210
H. Cuotas electorales femeninas	215
J. Residencia en distritos federales y limitación de derechos políticos	218
3. A modo de síntesis	222
II. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005-2014)	224
1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la tutela del derecho de sufragio pasivo	224
2. Organizaciones políticas de raíz indígena (<i>Caso YATAMA</i>)	229
A. Pautas de interpretación	234
B. Algunas reflexiones sobre la sentencia	241
3. Candidaturas independientes y el examen de proporcionalidad (<i>Caso Castañeda Gutman</i>)	245
A. Pautas de interpretación	249
B. El examen de proporcionalidad a las restricciones de derechos convencionales	255
4. Suspensión del derecho a ser elegido (<i>Caso López Mendoza</i>)	258
5. Restricciones provenientes del ámbito penal y nuevos retos	270
III. Jurisprudencia conexa: erradicación de opositores políticos y acceso a la función judicial (2004-2014)	282
1. Derecho de sufragio pasivo y jurisprudencia conexa	282
2. Erradicación de opositores políticos y líderes comunitarios	283
A. Ejecución extrajudicial	286
B. Desaparición forzada	292
C. Agresiones	295

3. Derecho de acceso a la función pública, en especial a la función judicial	298
A. Algunos casos ante la Comisión Interamericana	302
B. Seguimiento de la línea jurisprudencial de la CorteIDH	304
CAPÍTULO IV	
LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA POR LOS TRIBUNALES NACIONALES	
	314
I. Consideraciones generales	314
II. Estándares interamericanos en la resolución de asuntos nacionales: las candidaturas independientes	317
1. Validación constitucional del monopolio de los partidos políticos en la postulación de candidatos a cargos de elección popular: Costa Rica	317
2. La apertura constitucional a las candidaturas independientes o la relativización del monopolio de los partidos políticos: El Salvador	321
3. Acercar los extremos y cerrar la brecha: la relativización de una potestad absoluta	327
CONCLUSIONES	329
BIBLIOGRAFÍA	339
ABSTRACT	372

ABREVIATURAS

AIBJC	Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional
CADH o Convención Americana	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Carta OEA Americanos	Carta de la Organización de los Estados
CDI o Carta Democrática	Carta Democrática Interamericana
CEDH o Convenio Europeo	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH o Comisión Interamericana	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CJI o Comité Jurídico	Comité Jurídico Interamericano
CorteIDH o Corte Interamericana	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Declaración Americana	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
Declaración Universal	Declaración Universal de los Derechos Humanos
OEA u Organización	Organización de los Estados Americanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RCorteIDH	Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
Revista IIDH	Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos
SCorteIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SSCorteIDH	Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH o Tribunal Europeo	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México

AGRADECIMIENTOS

Es lugar común, aunque sin dejar de perder lustre alguno, para quienes están a punto de concluir el camino doctoral darse cuenta que el esfuerzo que se ha empeñado durante la mitad de una década en andarlo, no es únicamente individual, personal, sino que es un esfuerzo colectivo: familiar, profesoral e institucional. Este trabajo, como no podía ser de otra forma, pertenece a esa dinámica colectiva. Pese a que el autor es el responsable, no hubiera podido realizarse sin el cariño, apoyo, comprensión y paciencia de una larga lista de personas a ambos lados del Atlántico. Traerlas a todas en este breve espacio que se me concede, sería evocar esas tradicionales listas de asistencia escolar. Así que, por el temor de olvidar a alguien, me limito a compartirles a todas ellas un agradecimiento profundo.

Ha sido un camino largo, con paradas extensas e indeseadas, exigidas por las condiciones propias a las que estamos sujetos los estudiantes becarios. En esta trayectoria, cabe aclarar que no he recibido en ningún momento una específica beca doctoral, sin embargo, indirectamente los beneficios de principalmente dos becas de posgrado han servido de soporte para darle continuidad al proyecto. En este sentido, merecen ser mencionadas como instituciones que han posibilitado esto, la Universidad Complutense de Madrid (a través del Convenio de intercambio con la Universidad Nacional Autónoma de México) y la Fundación BBVA junto con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

No obstante lo dicho al inicio, es mi deber hacer unos agradecimientos particulares. En diferentes etapas, el Instituto de Derecho Parlamentario, la biblioteca del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se convirtieron en mi segunda casa. En este sentido, la base de la investigación se ha realizado en la sede de estas instituciones. A todas ellas, por abrirme sus puertas y permitirme trabajar en las mejores condiciones posibles.

Quisiera expresar mi respeto y reconocimiento a Javier García Roca, Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y quizá la persona que más me ha influido a lo largo de toda mi formación universitaria. Dado que no puedo extenderme en los atributos que lo caracterizan, baste decir que es un profesor

universitario comprometido, destacando su profesionalidad académica y sensibilidad social. Como doctorando siempre encontré en su despacho –y ocasionalmente en su biblioteca particular– un lugar de orientación, reflexión y profundización de los problemas constitucionales. Por la labor que tuvo que soportar al dirigir a tan indisciplinado discípulo.

A Edgar Corzo Sosa, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien formó parte de este proyecto, por recibirme en Jurídicas y alentarme con su rigurosidad y compromiso en la investigación jurídica.

A los profesores doctores: Rafael Palomino Lozano, quien me tendió la mano desde mi primera estancia en la Universidad Complutense y se ha convertido en una amistad duradera; Ignacio García Vitoria, por tener la paciencia de leer diferentes apartados de este trabajo y ofrecerme sus observaciones, comentarios y sugerencias; José Barragán Barragán y Carlos de la Torre Martínez, ambos sin saberlo plenamente, fueron los que permitieron y orientaron mis primeros pasos fuera de México.

En el nivel familiar, por supuesto y esencialmente, a mis padres, Armando Jesús Salas y Flor Manuela Cruz Ortiz. Por su enorme amor y alegría. Algunos familiares que me hubiera gustado que presenciaran la culminación de esta empresa ya no están entre nosotros, sin embargo, mi generación, que es la de mis hermanos, le debe mucho a nuestros padres y antepasados (principalmente a los abuelos) por la posición en que nos dejaron y que gracias a su esfuerzo pude tener esta oportunidad.

Una parte indispensable son mis hermanos. Perla Salas Cruz, rastreadora de nuestras raíces comunitarias, y Óscar Salas Cruz, tenaz inconformista, son quienes me cuestionan en mis flaquezas, debilidades y vacilaciones. Por nuestra unidad.

Una mención especial es para mi tío Carlos Manuel Salas, quien me dio el soporte indispensable para afrontar la última parte de la investigación. Probablemente la más relevante, por ser la de cierre. Por su confianza y constante preocupación.

Por último, este trabajo tiene una dedicatoria especial a mi esposa Ana Paula Núñez Jasso, quien ha soportado mis constantes ausencias (con todo lo que eso implica). Ella tuvo un papel clave. Fue el faro que cada noche y día de los últimos años, desde la lejanía (metafórica y físicamente), me indicaba el camino de vuelta a casa.

INTRODUCCIÓN

Como enseguida habrá advertido el lector al leer el título de esta obra, el objeto de estudio es un derecho clásico en el tratamiento de las cuestiones políticas, electorales y parlamentarias de todo Estado que se considere democrático. Por lo que, sin duda, es un derecho del que la mayoría de las personas –por no decir todas– habrá oído hablar alguna vez en su vida y hasta quizá, algunas, rozado su ejercicio. En este sentido, hay una pre-comprensión básica de su significado, sintetizada en tres ideas: con las elecciones se eligen a los representantes del pueblo; que a su vez principalmente –pero no en todos los casos– integran al órgano legislativo; y justamente cualquier miembro de la comunidad política puede ser representante popular, es decir, ser elegido. Precisamente el derecho a ser elegido es uno de los soportes esenciales del sistema democrático, basándose en una amplia tradición teórica y práctica social. Entonces, con justa razón, se preguntará al autor: ¿para qué un trabajo sobre un derecho político clásico, cuando existen amplios y numerosos tratados que lo han estudiado?, ¿a qué puede contribuir un estudio como el que se ha propuesto en esta ocasión?

La respuesta, creo, se encuentra en la segunda frase del título, en el conjunto del sistema interamericano de derechos humanos. Es un sistema de protección internacional que en las últimas dos décadas ha protagonizado en la región, por lo menos en lo que se refiere al tema propuesto, cambios importantes en el entendimiento de este derecho (como, por ejemplo, rechazar la exclusión de las comunidades indígenas de la posibilidad de competir y, en consecuencia, de acceder a los cargos de elección popular, a la discusión de los asuntos públicos). Es decir, la presente investigación busca llenar un espacio que en principio aparece insuficiente, esto es, el estudio amplio de las cuestiones inherentes al derecho de sufragio pasivo en el sistema regional de derechos humanos. En esencia esto significa un estudio del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque debe decirse que no de forma completa e integral, pues dicho dispositivo es mucho más amplio, al reconocer otros derechos, de también indudable extensión.

Como sucede con la mayoría de los derechos fundamentales, en la actualidad su entendimiento se vería limitado, o no estaría completo, si se excluye la influencia que

reciben del orden internacional de los derechos humanos, muy especialmente de los sistemas regionales. Esta es otra razón más para realizar un estudio donde se reflejen esas mutuas interacciones, a través de la dinámica del derecho a ser elegido. Un derecho complejo y lleno de limitantes para su ejercicio pleno.

Ahora bien, con casi treinta y seis años de funcionamiento, después de aquella histórica primera sesión de los días 29 y 30 de junio de 1979, la importancia de la Corte Interamericana en el continente americano no ha dejado de crecer, al contrario, cada vez se vuelve más visible la trascendencia y el impacto de sus resoluciones. Muestra de ello, por lo menos en el ámbito académico, es la dedicación en las últimas dos décadas de sendos estudios sobre su naturaleza, funcionamiento y competencias. Sin embargo, precisamente en dicho ámbito todavía faltan los estudios particulares y amplios sobre los derechos que contiene la Convención Americana. Obviamente existen las normales excepciones, simplemente se quiere poner de relieve la situación general que permea dentro de la doctrina especializada.

La idea original de este trabajo, en lo que cabe, era más ambiciosa en su dimensión, debido a la inexperiencia del autor en estos complicados vericuetos de la investigación jurídica, ya que se quería hacer un estudio sistemático que abarcara a todos los derechos políticos en el sistema interamericano, pero –por fortuna– gracias a las pláticas que tuve con mi director y, sin duda, su mayor experiencia y pericia en estos temas, el objetivo se fue restringiendo hasta enfocarse en la profundización de uno solo de esos derechos. Por tanto, mucho me temo que la fortuna de acertar en el mejor de ellos, para profundizar en la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos, quizá se deba a él.

Ahora bien, respecto del método adoptado en la elaboración del trabajo, se han estudiado las principales fuentes escritas y documentales, es decir, tanto la fuente normativa como también –y probablemente aquí se encuentre la fuente principal– las obras científicas jurídicas y las resoluciones de los órganos de control del sistema interamericano de derechos humanos. En este sentido, al pretender ser un estudio jurídico del artículo 23 CADH, es en este soporte tripartito de donde se ha partido y se vuelve a él constantemente, sin dejar de poner atención a la incidencia en el plano social, de la repercusión de su desarrollo a través del ejercicio de un derecho específico. El análisis que se hace de las resoluciones de la Comisión Interamericana y, principalmente, de las sentencias de la Corte Interamericana, se abordan con un interés

de integración y continuidad y no de meros comentarios estancos, intentando perfilar – en su evolución– los vaivenes de la doctrina jurisprudencial interamericana en esta materia.

En cuanto a la estructura de este trabajo, está dividido en cuatro apartados y las conclusiones finales, para después referir la bibliografía principal consultada. En el **capítulo primero** se intenta hacer un acercamiento teórico del derecho de sufragio pasivo. Como cualquier intento de comprensión, aprehensión y sistematización de las piezas que lo definen, es aproximativo y no categórico. Más bien se busca analizar y describir de la mejor forma posible los elementos, a mi juicio, indispensables para integrar una teoría mínima de este derecho.

Posteriormente, en el **capítulo segundo**, se esboza desde la perspectiva interpretativa los principios básicos a los que regularmente tiene necesidad de recurrir la jurisdicción interamericana cuando del derecho de sufragio pasivo se trata. Son principios que se encuentran enmarcados dentro de la normativa interamericana, pero también tienen origen y sustento en las realidades constitucionales nacionales.

El **capítulo tercero** va dirigido al análisis de la labor de los órganos de control del sistema interamericano de derechos humanos, a través de sus resoluciones. La actividad de la Corte Interamericana en el rubro de los derechos políticos es relativamente corta y escasa, si se compara con los pronunciamientos que ha venido emitiendo en otras materias recurrentes (por ejemplo, derecho a la vida, integridad personal, garantías judiciales, debido proceso). Sin embargo, defiendo que no obstante esa precariedad jurisprudencial las sentencias emitidas han sido suficientes para ir perfilando una base consolidada, que ha permitido abrir, o por lo menos ampliar, resquicios hacia nuevos horizontes en la interpretación de estos derechos, donde por supuesto se incluye especialmente el derecho de sufragio pasivo.

El análisis propuesto se vería incompleto sin el estudio de la forma en que los tribunales nacionales reciben y aplican los estándares interamericanos. Esto sería la materia del **capítulo cuarto** y último. Dada la imposibilidad de abordar en él todas y cada una de las realidades de los Estados parte, en la selección de los casos estudiados se han utilizado los criterios generales de jerarquía del órgano receptor y la relevancia de la resolución. También, acotando el objeto de análisis, se utilizó el criterio particular de contraste, es decir, una misma temática común abordada por tribunales distintos. En

cuanto al referido criterio de jerarquía del receptor se ha dado preferencia a las resoluciones provenientes de tribunales constitucionales o supremos, y respecto a la relevancia se ha tomado en consideración la repercusión en la modificación de normas (como es el caso de las candidaturas independientes introducidas en el sistema electoral salvadoreño a partir de una resolución de la Sala de lo Constitucional).

CAPÍTULO I

UNA TEORÍA DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO

I. CONCEPTO

El concepto de derecho de sufragio pasivo que este trabajo adopta se encuentra en estos momentos irremediablemente influido por la dinámica y las relaciones que se están tejiendo entre las disciplinas del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. La protección de los derechos fundamentales, desde hace ya algún tiempo, no se limita únicamente a los terrenos de las autoridades nacionales. Por ello, aunque el vértice es la norma constitucional y el desarrollo que de ella hacen los tribunales nacionales, esos derechos fundamentales también se ven influidos por las actuaciones de la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

A su vez, el derecho de sufragio pasivo también se ve constantemente afectado por la dinámica del derecho electoral. Es en el espacio electoral, normativo y práctico, donde este derecho exige su aplicación y el respeto de los principios que lo alientan. En las últimas décadas, el derecho electoral –en todos sus aspectos, desde la arquitectura institucional, pasando por sus procedimientos y el seguimiento de la evolución normativa y jurisprudencial– ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina jurídica. De alguna forma, tiene explicación en el avance del sistema democrático en Latinoamérica como la forma de gobierno que mejores condiciones ofrece a los derechos fundamentales para su protección, defensa y garantía.

Para comenzar el análisis del concepto de derecho de sufragio pasivo o derecho a ser elegido, un buen punto de partida lo proporciona Jellinek con su teoría de los *status* y los derechos públicos subjetivos.¹ El interés y vigencia de esta clasificación propuesta a finales del siglo XIX por este teórico alemán se encuentra justificada por su señalamiento de las posiciones jurídicas cambiantes que la personalidad del individuo

¹ Se sigue la edición italiana, JELLINEK, Georg [1892], *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traducción de G. Vitagliano, Milán, Società Editrice Libreria, 1912.

puede adoptar en el Estado, en una «cantidad variable» de capacidad.² Quedando, por tanto, los derechos subjetivos anclados a esas posiciones o *status* en que se mueven las personas. Son cuatro: el *status subjectionis* (pasivo), el *status libertatis* (negativo), el *status civitatis* (positivo) y el *status activae civitatis*.³ Y precisamente el mayor grado de acercamiento se encuentra en el último de estos *status*,⁴ el status activo, donde quedan anudados los derechos de participación política, al ciudadano activo. Lo relevante de esto es que quienes adquieren esta posición están en la posibilidad o tienen la facultad de participar en la formación de la voluntad estatal, tanto eligiendo (con el derecho de voto) como a través de desempeñar cargos públicos en los órganos estatales (derecho a ser elegido). Esta teoría, por lo demás, sigue estando bien presente con ciertos matices y variaciones en la comprensión de los derechos políticos más relevantes para el fenómeno de la representación política⁵ y, en general, también en la teoría de derechos fundamentales.⁶

En 1933, Smend –por aquél entonces ya un maduro y reconocido catedrático en la capital del *Reich*–⁷ había elegido el tema del ciudadano en el derecho político alemán para dirigirse, con un sólido y emotivo discurso, a un auditorio compuesto principalmente por jóvenes universitarios, en la celebración de una fecha significativa para los alemanes de aquella época: la fundación del *Reich* en 1871. Estos datos dichos así sin mayor contextualización, carecen de interés, pero no deben pasarse por alto en las enseñanzas que aún siguen vigentes respecto del lugar que el ciudadano tiene en el Estado. Más allá del itinerario histórico seguido por Smend para fundamentar sus asertos, específico de las circunstancias propias de la Alemania de finales del siglo XIX y principios del XX, hay dos ideas centrales importantes y de interés para este trabajo. La primera es que el ciudadano *debe* cumplir –y cumple– un papel o una función para el Estado; por ello, la intención de Smend es rescatar la vocación política que siempre ha

² *Ibidem*, p. 94.

³ *Ibidem*, p. 98.

⁴ *Ibidem*, pp. 151 y ss.

⁵ Entre otros, véase GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 107 y ss., 348 y ss., y PRESNO LINERA, Miguel Á., *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 94 y ss., quien aboga por una posición unitaria e integrada del ciudadano y no la forma fragmentaria delineada por Jellinek.

⁶ ALEXY, Robert [1985], *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 219 y ss.

⁷ Cfr. SOSA WAGNER, Francisco, “Rudolf Smend”, *Maestros alemanes del derecho público*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 493.

estado presente en el núcleo del concepto de ciudadano⁸ y que trata de deslindarlo de la carga negativa, de su devaluación, impuesta por las nuevas generaciones a sus predecesoras.⁹ Pero esa función, que sería la segunda idea, depende del ejercicio de los derechos fundamentales de que dispone la ciudadanía, estos de alguna forma moldean y pueden incentivar o no el compromiso de los ciudadanos con el destino del Estado. En este sentido, el ciudadano es un individuo activo y comprometido con su comunidad política.¹⁰

La concepción de los derechos políticos como derechos subjetivos se mantendrá sólidamente con Kelsen,¹¹ para quien serán «derechos subjetivos políticos».¹² Sobre el contenido teórico de lo que puede considerarse como derecho subjetivo habría que destacar varios elementos, pero no entraré a detallar cada uno de los que establece Kelsen sino solo aquellos indispensables para describir en las siguientes líneas su punto de vista basado en la teoría jurídica pura y que esto me permita, a la par, hacer algunas consideraciones respecto del derecho de sufragio pasivo. La sustancia del derecho subjetivo queda bien fijada en que es el correlato de un deber jurídico,¹³ pero esto no es suficiente para definir todo el contenido que encierra. Otro elemento importante es la aplicación de la norma jurídica que, vinculada con el derecho subjetivo, se materializa en la técnica jurídica o forma en que los individuos activan el proceso que conduce a la sanción ante el incumplimiento del deber. En el caso del proceso civil, que también es el que se sigue propiamente en el proceso electoral, es la presentación de una «demanda»

⁸ Smend nos recuerda que “Originariamente el «burgués» es, ante todo, el ciudadano, y el hombre sólo es tan realmente en cuanto que ciudadano, hasta el punto de que la ética de la Grecia clásica es una ética del ciudadano, no una ética del hombre en general”, SMEND, Rudolf [1933], “Ciudadano y burgués en el derecho político alemán”, *Constitución y derecho constitucional*, traducción de José M. Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 252.

⁹ Así, en ese momento, Smend resume la carga negativa de la que gozaba el «burgués»: “En la boca de quizá la mayoría de los alemanes significa el «bourgeois», el egoísta calculador y cicatero de la era capitalista, incapaz de cualquier acto heroico o valeroso, imposibilitado para percibir la belleza y los valores espirituales; el hombre, en definitiva, del pasado, del que no se puede esperar nada para la construcción de un mundo nuevo y más dinámico”, SMEND, Rudolf, op. cit., p. 251. En suma, un individuo pasivo.

¹⁰ Actualmente pueden encontrarse reminiscencias de la idea del compromiso moral en la formación de la voluntad del Estado en algunas Constituciones de Latinoamérica donde se contempla el sufragio activo como un deber del ciudadano. Por ejemplo, el artículo 36.III de la Constitución de México de 1917 establece que «Son obligaciones del ciudadano de la República:» «Votar en las elecciones y en las consultas populares, en los términos que señale la ley».

¹¹ KELSEN, Hans [1945], *Teoría general del derecho y del Estado*, 3a. ed., traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2008, pp. 87 y ss.

¹² *Ibidem*, p. 102.

¹³ En sus palabras: “[n]o hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto”, *ibidem*, p. 87.

ante los tribunales competentes. El exigir el cumplimiento de un deber jurídico implica un «interés» suficiente por parte del titular del derecho.¹⁴

El concepto al que llega Kelsen de derecho subjetivo lo hace a través de la consideración del derecho civil, es decir, en principio se estaría hablando de derechos subjetivos privados pero, al final, cuando trata la situación de los derechos políticos, entiende que la naturaleza del derecho subjetivo hace que se difumine una supuesta diferencia entre los derechos subjetivos privados y los derechos subjetivos públicos (que son los «derechos subjetivos políticos»), en tanto ambos tienen la “capacidad de intervenir en la creación del derecho objetivo”,¹⁵ elemento esencial y común del ejercicio del derecho subjetivo. Sí, hay diferencia entre ellos pero es de grado, mientras los titulares de derechos privados participan directamente en el proceso creador del Derecho (con normas jurídicas individualizadas o especiales), en cambio, tratándose del derecho de sufragio: “[e]l votante interviene sólo en la creación de un órgano – Parlamento o Jefe del Estado– cuya función consiste en crear la voluntad estatal, es decir, normas jurídicas; y las normas jurídicas que tal órgano debe crear son siempre de carácter general”.¹⁶ Es decir, una participación indirecta.

Pero si se observa más detenidamente, también los derechos subjetivos políticos pueden intervenir de forma directa en el proceso creador del Derecho. Kelsen, al admitir la existencia de tribunales electorales con la tarea fundamental de proteger los derechos políticos, no podría negar el surgimiento de sus respectivas resoluciones judiciales, al igual que acontece con los tribunales penales o civiles. Y si técnicamente “[l]a resolución judicial –que es el acto típico determinante de la sanción en un caso concreto– crea una norma individualizada que, en forma condicional o incondicional, estipula la sanción”,¹⁷ entonces el titular de derechos políticos se convierte en el actor principal del procedimiento judicial electoral. Así que, a mi juicio, el derecho subjetivo político tiene esa doble posibilidad de intervenir en el proceso creador del Derecho, directa e indirectamente. Situación particular de estos derechos que –hay que resaltar–

¹⁴ En este sentido, afirmará que “[l]a aplicación real de la norma jurídica se hace, pues, depender en cada caso de que el titular del derecho (o su representante) estén en realidad suficientemente interesados en la aplicación de la norma, para iniciar, por la presentación de una «demanda», el procedimiento que ha de conducir a la ejecución de la sanción”, *ibidem*, p. 98.

¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 102.

¹⁶ *Ibidem*, p. 104.

¹⁷ *Ibidem*, p. 101.

no presentan los derechos subjetivos privados, por lo que, conforme con lo descrito, su función en el orden constitucional es más amplia.

Con lo dicho hasta ahora, para Kelsen resulta natural que a todo derecho subjetivo le corresponda un deber jurídico, un deber que corresponde a alguien¹⁸ y, en materia de derechos políticos, no tiene duda de que recae en los funcionarios electorales,¹⁹ es decir, se podría decir que en última instancia, al Estado. Así, según Kelsen, el deber correlativo del derecho de sufragio, “es el deber de los órganos jurídicos que intervienen en el acto electoral, de recibir la boleta del votante y proceder de acuerdo con los preceptos de la ley, especialmente declarar electo al individuo que tiene el número de votos prescrito por la misma ley. El derecho que una persona tiene de votar, implica el que su voto sea recibido y contado, de acuerdo con las leyes respectivas, por los correspondientes funcionarios. Al derecho de voto del ciudadano, corresponde el deber de los funcionarios electorales”.²⁰ Esto, en el fondo, como se sabe, implica la puesta en funcionamiento de una maquinaria nada sencilla. Ahora bien, los deberes correlativos del derecho subjetivo a ser elegido pueden entenderse subsumidos en los mismos deberes estatales hacia el derecho de sufragio activo, es decir, la maquinaria de funcionarios electorales se pone en marcha para abarcar los deberes que el Estado tiene hacia distintos derechos vinculados entre sí, entre los que se incluye –por supuesto– el derecho de sufragio pasivo, con lo cual, sin el individuo que pueda ser declarado electo, ese derecho de votar del ciudadano carecería de sentido. Parafraseando a Kelsen, el deber correlativo del derecho de sufragio pasivo es el deber de los órganos que intervienen en el acto electoral, de registrar los candidatos y proceder de acuerdo con los preceptos de la ley, en especial proclamar las candidaturas que no tienen ningún impedimento legal y deban ser conocidas por la ciudadanía. El derecho que una persona

¹⁸ En el caso particular, el derecho de sufragio pasivo sería un derecho subjetivo absoluto, en tanto implica deberes de diversas autoridades públicas, no de una sola persona. Kelsen clasifica según el número de individuos que tienen un deber jurídico frente a un derecho subjetivo determinado. Derecho subjetivo relativo “[...] es un derecho al que corresponde únicamente el deber de una persona individualmente determinada”, y un derecho subjetivo absoluto “[...] implica deberes de un número indeterminado de personas”, *ibídem*, p. 100.

¹⁹ Cfr. *Ibídem*, p. 103.

²⁰ *Ibídem*, p. 103. Quizás aquí, en este punto en específico, pueda cuestionársele a Kelsen el que únicamente haya visto como sujetos de deberes jurídicos frente a los derechos de sufragio a los funcionarios estatales, pues también es verdad que a los ciudadanos en general y a las organizaciones de la sociedad (como los partidos políticos, los sindicatos y hasta las empresas), les corresponden deberes correlativos (si se quiere mayormente negativos, como el de ir en contra del principio democrático) de los derechos políticos, en especial de los derechos de sufragio.

tiene de ser elegida implica el que su candidatura sea recibida y evaluada por los correspondientes funcionarios electorales, según las leyes respectivas.

Por último, y con ello llegando al concepto que hace Kelsen de los derechos políticos, para este autor: “[p]or derechos subjetivos políticos entendemos las posibilidades abiertas al ciudadano de tomar parte en el gobierno y en la formación de la «voluntad» del Estado. Dicho sin metáforas, esto significa que el ciudadano puede intervenir en la creación del orden jurídico”.²¹ En su concepto, la clave se encuentra en el entendimiento que se haga de las «posibilidades abiertas al ciudadano», posibilidades que por un lado deben estar garantizadas por el Estado y, por el otro, pueden ser reclamadas ante los tribunales.

Todavía es temprano para hacer una comparación, sin antes haber visto la definición de los derechos políticos que hace el artículo 23 de la Convención Americana, pero resulta llamativo que uno de los conceptos claves en la definición de Kelsen, «posibilidades abiertas», tenga sintonía con la expresión de «oportunidades» utilizada por ese dispositivo convencional, que por otro lado la Corte Interamericana ha interpretado en términos materiales, esto es, como obligaciones positivas para los Estados miembros de garantizar real y efectivamente el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Otra importante caracterización de los derechos políticos es la propuesta por Schmitt,²² quien los distingue como un sector específico de los derechos fundamentales,²³ refiriéndose a ellos como «derechos ciudadanos democráticos» o «derechos político-democráticos del ciudadano individual». Los derechos que

²¹ Ibídem, p. 102, comillas del original.

²² SCHMITT, Carl [1928], *Teoría de la Constitución*, versión española de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2011, pp. 229 y ss., que por otra parte es a la que recurre García-Pelayo para clasificar los derechos fundamentales y decir que los “derechos políticos de índole democrática” son “derechos del individuo en el Estado como ciudadano; por ejemplo igualdad ante la ley, acceso a cargos públicos, sufragio”, GARCÍA-PELAYO, Manuel [1950], *Derecho constitucional comparado*, introducción de Manuel Aragón, Madrid, Alianza, 1999, p. 153.

²³ En este punto específico resulta importante resaltar que la concepción de los «derechos fundamentales» que tiene Schmitt no responde a la ideología presente en nuestros días (por ejemplo, ALEXY, Robert, op. cit.), y que ya en esos momentos se hacía la distinción entre la formulación alemana de los derechos fundamentales (el catálogo de «derechos y obligaciones fundamentales de los alemanes» de la Constitución de Weimar de 1919) con la concepción de los derechos a la francesa a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de corte iusnaturalista. Sobre esto, son de utilidad las observaciones de SMEND, Rudolf, op. cit., pp. 253, 259 y ss., quien fija postura en el debate alemán señalando que “[...] el punto de partida y la significación de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución del Reich, es el de dotar a los diferentes grupos sociales de libertades y seguridades, que son condiciones indispensables para el ejercicio real, y no sólo formal, de las libertades ciudadanas, dentro de una democracia formal”, ibídem, p. 260.

expresamente señala como componentes de esta categoría son: igualdad ante la ley, derecho de petición, derecho de sufragio igual del ciudadano y derecho de acceso igual a todos los cargos públicos, con arreglo a las aptitudes.²⁴ Sin embargo, las características propias de los derechos democráticos hacen que no puedan ser considerados derechos fundamentales en el sentido asignado a los derechos individuales de libertad (aislado o en relación con otros),²⁵ siendo la principal diferencia el vínculo indisoluble, político y –si se quiere– artificial, que une al ciudadano con el Estado. Por esta razón, para Schmitt: “[l]os derechos ciudadanos democráticos no presuponen al hombre individual libre en el estado extraestatal de «libertad», sino al ciudadano que vive *en* el Estado, al *citoyen*”.²⁶ Más adelante afirmará que los derechos democráticos “se *mueven* dentro del Estado”,²⁷ es decir, el Estado se presenta, a la vez, como continente y frontera de su existencia. Lo que también quiere decir, invirtiendo el sentido del razonamiento, que fuera de él, por más que sean derechos fundamentales, serían inexistentes. Con lo cual, en la concepción de Schmitt hay un dualismo de los derechos fundamentales,²⁸ el sector que podemos llamar duro o puro, el de los derechos de libertad individual del individuo, y el sector condicionado al Estado, el de los derechos del individuo como ciudadano y a sus prestaciones sociales.

Antes de poder manifestar algún tipo de observación o desacuerdo con la postura descrita, en la que por otra parte también encuentro puntos sobresalientes que siguen manteniéndose en la actual concepción del derecho de sufragio pasivo, aunque sea debo indicar, de forma esquemática, la forma en que Schmitt entiende los derechos fundamentales.²⁹ La idea básica que los distingue es que “[...] son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que el Estado no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía

²⁴ Cfr. SCHMITT, Carl, op. cit., p. 230.

²⁵ Para Schmitt los derechos fundamentales auténticos, o en sentido propio, son: libertad de conciencia, libertad personal, propiedad privada, inviolabilidad del domicilio y secreto de la correspondencia. Estos serían los derechos del individuo en forma aislada, pero además, están los derechos del individuo en relación con otros: libre manifestación del pensamiento o de las opiniones, libertad de discurso, libertad de prensa, libertad de cultos, libertad de reunión y libertad de asociación, cfr. Ibídem, pp. 225-231.

²⁶ Ibídem, p. 229 *in fine*, cursivas del original.

²⁷ Ibídem, p. 230, cursivas del original.

²⁸ Cfr. Ibídem, p. 229. Sobre la dualidad entre derechos de libertad y derechos democráticos en la concepción de Schmitt, GARCÍA ROCA, Javier, op. cit., p. 109.

²⁹ En particular véase el epígrafe 14 “Derechos fundamentales”, SCHMITT, Carl, op. cit., pp. 217-244. Sosa Wagner al hablar de la publicación en 1928 de la obra en cuestión (*Verfassungslehre*) también destaca de forma sucinta este apartado, SOSA WAGNER, Francisco, “Carl Schmitt”, *Maestros alemanes del derecho público*, op. cit., p. 454.

mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa”.³⁰ En este sentido, en la concepción de Schmitt son derechos *incontrolables, ilimitados, absolutos*, al encontrarse antes que el Estado, una especie de derechos salvajes. Lo contrario sería – como el resto de derechos– que recibieran su contenido de las leyes, con arreglo a las leyes y dentro de los límites de las leyes.

Ahora bien, al entrar en juego estos derechos fundamentales (esferas de libertad) en el Estado, este no puede hacer otra cosa más que reconocerlos pero conforme a una condición especial que sirva a su organización y que Schmitt llamará principio de distribución. En sus palabras, esto es que “[l]a significación jurídica de su reconocimiento y «declaración» estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable”.³¹ En otras palabras, esa posibilidad del Estado de intervenir en los derechos fundamentales tendría la finalidad de hacerlos manejables, *domesticarlos* si se me permite la expresión, ya que el individuo deja su condición de hombre individual aislado, preestatal o extraestatal, para entrar en relación con otros individuos.

Volviendo a la cuestión de los derechos democráticos, su concepción específica, por supuesto, no debe verse desconectada o desprovista del entendimiento particular de la democracia, del sentido y fin de estos derechos en un determinado contexto. En este sentido, Schmitt tenía en mente una democracia de aclamación antes que una democracia parlamentaria, de representantes.³² Más allá de las reservas con que es visto el pensamiento schmittiano, estimo que el punto específico de su descripción de los derechos democráticos sigue teniendo utilidad para mostrar su funcionamiento y sus

³⁰ SCHMITT, Carl, op. cit., p. 224.

³¹ Ibídem, p. 225.

³² En este sentido, expresará que “Sólo el pueblo verdaderamente reunido es pueblo, y sólo el pueblo verdaderamente reunido puede hacer lo que específicamente corresponde a la actividad de ese pueblo: puede *aclamar*, es decir, expresar por simples gritos su asentimiento o recusación, gritar «viva» o «muera», festejar a un jefe o una proposición, vitorear al rey o a cualquiera otro, o negar la aclamación con el silencio o murmullos”, ibídem, p. 315, cursiva del original.

relaciones con el Estado, en especial “la consideración de la ciudadanía como un estatuto subjetivo del que surge la titularidad de derechos”.³³

En cuanto a la tesis de que los derechos democráticos solo se mueven *dentro* del Estado, esta ha perdido vigencia. En nuestros días se han creado parlamentos supranacionales y regionales (Parlamento europeo, Parlamento Centroamericano, Parlamento Andino) donde el vínculo nacionalidad-ciudadanía sigue estando presente, pero en esencia son órganos que se mueven *fuera* del Estado, con lo cual el derecho de sufragio pasivo tiene existencia dentro y fuera del Estado. Asimismo, la posibilidad de que los extranjeros en algunos países puedan ser elegidos en cargos de elección popular, principalmente a nivel municipal, ha venido a debilitar el férreo bastión de la titularidad ciudadana de ese derecho.

A pesar de encontrarse en las antípodas del pensamiento jurídico, las concepciones de Kelsen y Schmitt encuentran en los derechos políticos el núcleo democrático que les da forma y sentido. No es casual que estos derechos sean adjetivados como democráticos, en clara referencia a la principal característica o sustento que les da contenido. Tienen una función inevitable y concreta: inevitable porque su existencia se debe a la formación de un elemento indispensable para el funcionamiento del Estado, lugar donde se desenvuelven mayormente, y concreta porque los derechos políticos, a fin de cuentas, no pueden ir más allá de los contornos de la democracia. En este sentido, los derechos políticos –y en mayor medida los derechos de sufragio– adoptan un carácter instrumental.³⁴

Como puede advertirse, de la postura de Schmitt se deduce su preocupación por la posición que ocupan los derechos democráticos en el conjunto de los derechos fundamentales, así como de su comportamiento y las relaciones que establece a nivel general con el Estado. En cambio, la visión de Kelsen trasluce interés por la estructura interna de los derechos subjetivos políticos, la forma en la que inciden en el orden jurídico. Para el presente trabajo, ambas tienen sentido para caracterizar unos derechos que –como lo afirma Schmitt– son fundamentales, pero no sólo por encontrarse

³³ Como advierte bien GARCÍA ROCA, Javier, op. cit., p. 110.

³⁴ Este carácter también puede decirse que se encuentra presente en la mayoría de los derechos políticos. Por ejemplo, sobre el carácter instrumental del derecho de reunión y manifestación Torres Muro indica que “El derecho de reunión se presenta de este modo como un medio a través del cual pueden alcanzarse todos los fines que no estén expresamente prohibidos por el ordenamiento y, singularmente, aquellos que facilitan la participación política” TORRES MURO, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1991, p. 28.

declarados en las normas constitucionales (o legales e internacionales) sino porque su estructura interna indica tener, como lo describe Kelsen, la naturaleza jurídica de un verdadero derecho subjetivo.

Ahora bien, después de haber analizado ciertas posturas del pasado siglo respecto de los derechos políticos o democráticos, y que algunas de sus tesis siguen manteniendo sólida influencia en las teorías constitucional y de los derechos, resulta indispensable revisar algunas de las definiciones dadas por algunos de los estudiosos cercanos a nuestra época, con el objetivo de destacar algunas de las condiciones o características actuales que presenta el derecho a ser elegido en nuestros días. Aragón Reyes,³⁵ en su definición del derecho de sufragio pasivo, advierte un *engaño*, como él sostiene, en que un individuo bien pueda reunir los requisitos para ser elegible y “sin embargo, no poder usar del derecho por no reconocérsele al individuo (sino a los partidos, por ejemplo) la facultad de presentar candidaturas”.³⁶ En este sentido, como es lógico, para ser elegido primero hay que ser proclamado candidato. Así, la definición sugerida por este autor abarca los siguientes aspectos: “el derecho de sufragio pasivo es el derecho individual a ser elegible, y a presentarse como candidato en las elecciones, para cargos públicos”.³⁷ Este punto de vista pone de relieve el papel reservado a los partidos políticos en el diseño del actual sistema constitucional democrático, transformándose o, más bien, adaptándose a esas posibilidades abiertas al ciudadano de tomar parte en el gobierno, de las que hablaba Kelsen, al reducto de los partidos políticos.³⁸ En este sentido, Aragón Reyes manifiesta el dilema entre el *tener* y la *posibilidad real* de ejercer algún día ese derecho a ser elegido (todos los ciudadanos son elegibles, es decir, son titulares del derecho, pero muy pocos los elegidos, los que realmente ejercen el derecho), mientras la facultad de presentar las candidaturas se encuentre concentrada en pocas manos.

³⁵ ARAGÓN REYES, Manuel, “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

³⁶ *Ibíd.*, p. 111.

³⁷ *Ídem.*

³⁸ En realidad, aunque se ha tomado de referencia el autor citado, es una idea clara que se encuentra en la mayoría de los autores y escritos en la materia, por ejemplo, entre otros, véanse GARCÍA ROCA, Javier, op. cit., p. 147, MORODO, Raúl y LUCAS MURRILLO DE LA CUEVA, Pablo, *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 3 y 9 y BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 78.

Visto desde la posición de la justicia electoral,³⁹ cabría hacer otro tipo de distinción, la que viene a separar de la categoría de los derechos políticos, los derechos que propiamente corresponde tutelar a dicha jurisdicción, que serían los «derechos electorales». La justificación de la distinción es más de índole normativa que dogmática, pero bien sirve para resaltar uno de los fines principales hacia donde se dirige y tiene fundamento la creación de una jurisdicción especializada en materia electoral, es decir, la protección de los principales derechos electorales, entre los que se encuentra, por supuesto, el derecho de sufragio pasivo. Sobre el particular, el citado *Manual* indica: “La distinción entre derechos electorales y derechos políticos es importante debido a los diferentes mecanismos establecidos para la protección de estos derechos en algunos sistemas jurídicos. Mientras que los derechos electorales pueden ser protegidos o restituidos por los sistemas de justicia electoral o de resolución de conflictos electorales, en algunos países existen otros instrumentos o procedimientos jurídicos para la protección de los derechos políticos”.⁴⁰ Es decir, no todos los derechos políticos se encuentran protegidos por esta jurisdicción, solo los que están directamente relacionados con las cuestiones electorales. En este sentido, el derecho de sufragio pasivo es uno de los principales derechos electorales sujetos a protección y tutela en los sistemas de justicia electoral.

A nivel interno, existe un sistema de garantías jurídicas del proceso electoral.⁴¹ Las *garantías sustanciales* provienen de la protección proporcionada por el Derecho penal en el terreno electoral, tipificando las conductas delictivas que afectarían el pleno y efectivo ejercicio de este derecho (los delitos electorales). Las *garantías orgánicas* o

³⁹ VV. AA., *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, Estocolmo, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2010 (obra encabezada por Jesús Orozco Henríquez).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 16 (párr. 38), El texto original es: *The distinction between electoral rights and other political rights is relevant because of the different means established for protecting these rights in some legal systems. While electoral rights may be protected or restored through the electoral justice system or an electoral dispute resolution system, in some countries different legal instrument and procedures exist for the protection of other political rights.*

⁴¹ RALLO LOMBARTE, Artemi, *Garantías electorales y Constitución*, prólogo de Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 1997, las agrupa en dos visibles bloques generales. Por un lado, estarían las garantías formales y, en el otro, las garantías judiciales. Las primeras son la Administración electoral, la Oficina del Censo Electoral, y las Juntas y Mesas electorales, además de la participación política (del cuerpo electoral, los partidos políticos y clasificadas como garantías «marginales» (p. 326) estarían las autoridades y Corporaciones públicas, los notarios, los jueces de Primera Instancia o de Paz, y el Ministerio Fiscal). Las segundas se refieren, principalmente, al amparo electoral ante el Tribunal Constitucional y el recurso contencioso-electoral que resuelven los tribunales del Poder Judicial. Desde una perspectiva más amplia, iusfilosófica, para GARRIDO GÓMEZ, María I., *La democracia en la esfera jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 49, “las primeras garantías de los derechos políticos” son la forma de gobierno y el sistema electoral.

institucionales esencialmente se refieren a la Administración electoral de cada Estado. Mientras las *garantías jurisdiccionales* son los recursos tradicionales instituidos para la tutela de los derechos, es decir, los ordinarios ante los jueces y tribunales del Poder Judicial y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.⁴²

Con lo cual, actualmente se presentan dos elementos destacados en la conceptualización del derecho de sufragio pasivo. Por un lado, los partidos políticos con la competencia de presentar las candidaturas a los cargos de elección popular y, por el otro, la justicia electoral encargada de tutelar los derechos electorales. Ambos tienen que interactuar en el ejercicio que de ellos hagan los ciudadanos. Estos extremos en principio se presentan contrarios, pues los partidos políticos –como sería lógico pensar– pretenden mantener y conservar esa facultad de seguir presentando en exclusiva a los candidatos de elección popular, mientras la justicia electoral, a través de sus sentencias, pretendería abrir mejores espacios para el ejercicio de los derechos de participación política de la ciudadanía, es decir, ampliarlos.

Además de las garantías de que gozan estos derechos en los ordenamientos internos, también cuentan con la protección de los sistemas regionales de derechos humanos. En el marco del sistema interamericano de derechos humanos esta garantía se configura en el llamado amparo interamericano.⁴³

Debido a que el centro de gravitación o la columna vertebral donde queda articulado el esqueleto de este trabajo se encuentra en el artículo 23 de la Convención Americana, será conveniente trasladarlo literalmente y asentar unas notas previas que servirán de guía a lo largo del índice propuesto.⁴⁴ El trascendental artículo establece lo siguiente:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

⁴² PRESNO LINERA, Miguel Á., “La representación política como derecho fundamental”, en BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (coord.), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, núm. 3 (representación política), 2004, pp. 425 y ss.

⁴³ AYALA CORAO, Carlos M., “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, VV. AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, CorteIDH-Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 341-373 (publicado también en formato libro, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998).

⁴⁴ Algunos comentarios generales sobre este artículo son los de CABALLERO OCHOA, José L. y RÁBAGO DORBECKER, Miguel, “Artículo 23. Derechos políticos”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 552-578 y GOMES, Luiz Flávio y OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de, *Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009 (hay una 4a. ed., de 2013).

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En términos descriptivos este artículo está compuesto de dos apartados, dependientes entre sí pero diferenciados en su propósito o fin. El primer apartado, a su vez, tiene tres incisos donde se reconocen respectivamente los derechos fundamentales de *participación política*, *sufragio activo* y *sufragio pasivo*, y el de *acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas*. En este sentido, habrá que distinguir desde ahora entre los dos primeros incisos (*a* y *b*) y el último (*c*), pues los derechos reconocidos en aquellos netamente pertenecen al circuito democrático, los que bien podrían llamarse derechos democráticos, en tanto que el derecho reconocido en el último inciso, a pesar de encontrarse enlistado o agrupado en este bloque de derechos, responde a una naturaleza y lógica distinta (como habrá ocasión de desarrollar más adelante).

El segundo apartado, por su parte, establece los *criterios razonables* que la Convención Americana permite utilizar a los Estados parte para reglamentar el ejercicio de los derechos políticos.⁴⁵ No es un listado extenso y técnicamente no contiene una fórmula o cláusula que permita la introducción de otros criterios, como por ejemplo sucede en el artículo 1.1 CADH, justo en la parte final del listado que establece los factores de discriminación (raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento) que están prohibidos utilizar en el sistema de la CADH, al contemplar: «o cualquier otra condición social». Aunque quizás no sean del todo supuestos comparables, pues en el caso de los factores de discriminación la posibilidad de acrecentar el listado se entiende

⁴⁵ Entre los jueces interamericanos, García-Sayán, en alguna ocasión, ha aludido específicamente en torno a la interpretación de este apartado: “En el artículo 23.2 de la Convención se estipulan posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos y se busca, claramente, que no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. Ése es el claro sentido de la norma”, *Voto concurrente razonado* a la SCorteIDH, *López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011, párr. 14.

en un sentido positivo (más factores visibles de interdicción de discriminación, menores posibilidades de restringir en clave discriminatoria los derechos y libertades reconocidos por la CADH), mientras en el caso del citado artículo 23.2, los factores o criterios se entienden como excepciones, en un sentido negativo (entre menos factores de reconocimiento entren en el listado, mayor será el espacio de ejercicio y defensa de los derechos políticos). Por esta razón, según entiendo, es bastante clara la existencia de una cláusula expresa que permite la apertura del listado en el primer caso y su inexistencia en el segundo. Sin embargo, lo dicho no pretende fijar postura en cuanto al debate específico de la apertura-taxatividad del artículo 23.2 sino simplemente comparar la técnica utilizada por los redactores en el mismo texto convencional, pues como puede alcanzarse a percibir, en los dos listados aparecen los criterios de «idioma» y «nacionalidad», esto es, tanto como factores prohibidos de discriminación como criterios razonables para restringir el ejercicio de los derechos políticos, con lo cual el idioma y la nacionalidad cumplirían una función ambivalente en el sistema de derechos: inclusión y exclusión. Sin embargo, precisamente esta cuestión, el debate sobre su apertura o taxatividad, es de notable controversia en la jurisprudencia interamericana más reciente,⁴⁶ en la jurisdicción constitucional⁴⁷ y en la doctrina.⁴⁸

La importancia de este segundo apartado del artículo 23 radica en que actualmente parece no coincidir del todo con las realidades constitucionales nacionales, las cuales tienden a ser más amplias en materia de restricción de los derechos políticos, por lo que se percibe como un límite excesivo a las facultades de los Estados para organizar sus sistemas conforme a su particular desarrollo democrático y sus necesidades y condicionantes sociales (culturales, económicas, históricas, políticas, etcétera).

⁴⁶ Con especial fuerza, véase la discusión abierta en los respectivos votos particulares de los jueces García-Sayán y Vio Grossi en el **Caso López Mendoza**, aunque la cuestión también está presente en SCorteIDH, *Argüelles y otros vs. Argentina* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2014, párrs. 221 y ss. Ambos asuntos serán objeto de análisis más adelante.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-712/13, de 17 de octubre de 2013.

⁴⁸ GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., “Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 234. Últimamente motivado por el surgimiento del **Caso Gustavo Petro** en el nivel de la Comisión Interamericana (objeto de algún comentario en su momento), véanse AMAYA, Jorge Alejandro y LOIANNI, Adelina, “Derechos políticos y medidas cautelares de la CIDH. Reflexiones e interrogantes del caso «Gustavo Petro»”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 21, enero-junio de 2014, pp. 295-321, y NIKKEN, Pedro, “Los derechos políticos como derechos humanos”, *Revista IIDH*, núm. 58, julio-diciembre de 2013, p. 70.

Visto desde el régimen de restricciones autorizadas por la Convención Americana, este segundo apartado del artículo 23 se coloca dentro de la categoría de restricciones específicas o particularizadas,⁴⁹ es decir, solo son aplicables al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en él o, en otras palabras, fuera de este artículo difícilmente las razones de restricción podrían alcanzar a otros derechos. En esta particular situación cabe destacar que son menos los artículos de la Convención Americana que refieren expresamente restricciones particularizadas, a saber, el artículo 8.5 (garantías judiciales), el artículo 13 (libertad de pensamiento y expresión), el artículo 15 (derecho de reunión y manifestación), el artículo 16 (derecho de asociación) y el artículo 22 (derecho de circulación y residencia).⁵⁰

Pero a la vez que los derechos políticos del artículo 23 pueden ser susceptibles de mayores posibilidades de restricción en su ejercicio, también se encuentran en la categoría relevante de derechos no suspendibles (temporalmente),⁵¹ en ningún supuesto.⁵²

Dicho lo anterior, conviene volver sobre los pasos dados y llamar la atención hacia la expresión «*derechos y oportunidades*» contenida al inicio de nuestro artículo 23. ¿A qué se refiere exactamente esta expresión, en especial, el término de oportunidades? ¿Según específicamente este artículo de la CADH, hay alguna diferencia entre un derecho y una oportunidad? O, en otros términos, ¿las oportunidades deben ser objeto de tutela? En este momento quizás no pueda darse respuesta detallada a todas las preguntas hechas sino que a largo del trabajo podrán irse contestando con mejor soporte doctrinal y jurisprudencial. De cualquier manera, de forma previa, debe decirse que el término «oportunidades» no vuelve a aparecer en todo el texto de la Convención Americana. Algo que tiene que ver en esencia con que los derechos a participar en la dirección de los asuntos públicos, de votar, ser votado y de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, también son oportunidades, es decir,

⁴⁹ La otra categoría serían los dispositivos de aplicación general o común, como el artículo 30 CADH, y que se verá con mayor detalle cuando se aborde el principio de proporcionalidad (Capítulo II).

⁵⁰ Cfr. GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 130. Aunque si se deja de lado la distinción estricta que hace este autor entre *restricciones* y *limitaciones* (“[...] las restricciones constituyen medidas más serias, que afectan de manera más honda el goce y ejercicio de un derecho reconocido que las limitaciones, que serían menos trascendentes y significativas”, ibídem, pp. 128 y s.), también puede incluirse el derecho de libertad de conciencia y religión (artículo 12.3).

⁵¹ En cambio, en clave comparada, sí son suspendibles en el sistema del Convenio Europeo (artículo 15.2).

⁵² Véase el artículo 27 CADH.

una obligación objetiva del Estado para crear las condiciones necesarias para que estos derechos estén al alcance de «todos los ciudadanos».

Ahora bien, centrándome en el derecho objeto de este trabajo, el derecho de sufragio pasivo al estar reconocido expresamente en el *inciso b* del artículo 23.1, que puede quedar resumido de la siguiente forma: *todo ciudadano tiene el derecho y oportunidad de ser elegido en elecciones periódicas auténticas*, también encuentra importante reconocimiento lógico y necesario en el derecho fundamental omnicomprendido de la participación en la dirección de los asuntos públicos (*inciso a*), pues si se elige la opción de la participación por medio de «representantes», estos no son otros que los mismos ciudadanos que tienen el derecho de ser elegidos como representantes políticos.

En este intento definitorio de los elementos que caracterizarían al derecho de sufragio pasivo, señalo siquiera un concepto mínimo de lo que debe entenderse por este derecho, indicando que se trata del derecho subjetivo de todo ciudadano de tener abierta la oportunidad real, de la forma más igualitaria posible, de ser votado, ya sea a través de la postulación de un ente intermedio o directamente.

II. NATURALEZA

1. *El derecho de sufragio pasivo como derecho fundamental*

Se dice que un derecho alcanza el rango de fundamental cuando se incorpora al texto constitucional, otorgándosele con ello un objeto y contenido determinado, siendo indisponible para el legislador.⁵³ Por lo que se parte de dos certezas que se asientan en el espacio jurídico. La primera es que los derechos políticos forman parte del sistema de derechos fundamentales,⁵⁴ es decir, aquellos presentan los mismos aspectos objetivo y

⁵³ PRESNO LINERA, Miguel Á., *El derecho de voto*, op. cit., p. 107.

⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4a. ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 375 y ss. Para FIX-FIERRO, Héctor, “Prólogo”, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. XII, “[...] los derechos políticos son derechos fundamentales, y como tales constituyen el elemento primario que funda y justifica los derechos, las facultades y las responsabilidades de los ciudadanos, las autoridades y los partidos políticos en el régimen jurídico de las elecciones y la participación ciudadana”.

subjetivo que caracterizan a estos.⁵⁵ Esta noción de las dos caras de los derechos fundamentales consiste, por una parte, en la dimensión subjetiva del derecho fundamental (vista anteriormente), que en lo correspondiente al derecho de sufragio pasivo es el otorgamiento por parte de las normas (en nuestro caso, las de orden constitucional y convencional) a los particulares de la facultad o pretensión que tienen frente a los demás de ser votados como representantes políticos de una comunidad determinada, y, por otra, en lo que se refiere a la dimensión objetiva del derecho fundamental, se asienta en el valor objetivo o el valor del orden constitucional que se pretende proteger con ese derecho.⁵⁶ En nuestro caso, esa situación jurídica concreta, el valor constitucional que se quiere proteger con el funcionamiento del derecho a ser elegido es la representación política. Protección que, hay que decir, se hace efectiva principalmente con las garantías (procedimientos o instrumentos jurídicos) dispuestas por el ordenamiento jurídico, lo que tiene sentido con la expresión de Díez-Picazo, la “[...] finalidad primigenia de los derechos fundamentales: dotar a los individuos de instrumentos de defensa frente al poder”.⁵⁷ En este sentido, el derecho de sufragio pasivo presenta esa doble dimensión que indicaría su caracterización como un derecho fundamental.

La segunda es que, sin perjuicio de lo anterior, este derecho contiene ciertas peculiaridades –como se ha visto previamente– en su raíz y fundamento que lo apartan de la concepción pura de los derechos fundamentales.

Sin embargo, los datos legislativo y doctrinal⁵⁸ en el continente americano parecen no coincidir del todo con este entendimiento del carácter fundamental del derecho de sufragio pasivo, pues en varias normas constitucionales se agrega otro tipo de naturaleza a los derechos de sufragio, como el de ser una *obligación o deber* y una

⁵⁵ En el mismo sentido, ARAGÓN, Manuel, “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 9, 2000, p. 47; trabajo también contenido en sus *Estudios de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 519-537.

⁵⁶ De forma general, Díez-Picazo menciona que “[...] la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, al margen de cualquier situación jurídica concreta, en la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos”, DÍEZ-PICAZO, Luis M., op. cit., p. 55.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 57.

⁵⁸ Como han puesto de relieve GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 249. También en el libro de los autores citados, publicado con el mismo título, Buenos Aires, La Ley, UBA-Facultad de Derecho, 2013.

función jurídica.⁵⁹ En realidad hay un cierto juego ambivalente, por un lado el reconocimiento del derecho de ser elegido pero, por el otro, también su establecimiento como un deber individual y social. La Constitución de Colombia de 1991, por ejemplo, primero en el artículo 40, reconoce que «Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:» «elegir y ser elegido», para luego decir, en el artículo 95, que «son deberes de la persona y del ciudadano» «participar en la vida política, cívica y comunitaria del país». En el mismo sentido, la Constitución de México de 1917 establece en su artículo 35 que «Son derechos del ciudadano:» «Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley», mientras en el artículo 36.IV declara que «Son obligaciones del ciudadano de la República:» «Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos».

Nino argumenta la necesidad de hacer, en ciertas ocasiones, obligatorio el voto, debido a que es la forma más mínima de participación política y esto no exigiría grandes cargas de tiempo y esfuerzo para los individuos en la discusión de los asuntos públicos. Principalmente cuando la «apatía política» de la ciudadanía puede llegar a debilitar al mismo sistema democrático, es decir, cuando dejan de participar en los procesos electorales grandes grupos sociales, y quizás frecuentemente los menos escuchados (los más pobres y de menor educación). La clave para justificar la obligatoriedad del voto es que el gobierno democrático se entiende como un *bien público*, un bien de interés social, al que todos deben de contribuir con su participación, discutiendo y decidiendo.⁶⁰ Me parece que, en el fondo, dicho autor parte de la misma preocupación planteada en su momento por Smend, a la que ya me referí en el apartado previo, de la falta de compromiso moral del ciudadano con su comunidad política. Smend, a

⁵⁹ Véase este entendimiento en cierto sector de la doctrina argentina señalado por DALLA VÍA, Alberto R., *Teoría política y constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 173-174. Quizás esto sea más evidente en la modalidad del sufragio activo, como puede advertirse en ARAGÓN, Manuel, «Democracia y representación...», op. cit., pp. 48-49. Por ejemplo, el artículo 37 de la Constitución de Argentina de 1994 prescribe entre sus disposiciones que «El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio», el artículo 26 (II.2) de la Constitución de Bolivia de 2009, entre los elementos que declara deben caracterizar al voto, agrega la palabra «obligatorio», la Constitución Federal de Brasil de 1988, en el artículo 14 establece que el voto es obligatorio para los mayores de 18 años (pero facultativo para los analfabetas, los mayores de setenta años, y los mayores de 16 y menores de 18 años).

⁶⁰ NINO, Carlos S. [1992], *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 608-613. También, del mismo autor, «El voto obligatorio», Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, pp. 219-227.

principios del pasado siglo, se refería al individuo pasivo, egoísta, desinteresado de su papel en el destino de la comunidad política de pertenencia. Y ahora, Nino lo advierte contemporáneamente en el «problema de la apatía política», sin embargo, hacer obligatorio algo que debe mantenerse en los cauces de la voluntad personal parece contradecir la esencia del derecho subjetivo que se ha venido manifestando, pero es una opción que sigue manteniendo vigencia en el continente americano.

Situación que contrasta con la realidad constitucional europea. Aunque todavía queda una minoría de Constituciones que siguen dando ese doble carácter al voto, a la vez derecho y deber, como los casos del artículo 62 de la Constitución de Bélgica de 1994 (texto refundido) que indica que «El voto será obligatorio y secreto», el artículo 51.5 de la Constitución de Grecia de 1975 que prescribe que “Será obligatorio el ejercicio del derecho de voto. La ley establecerá las excepciones a dicha obligación y las sanciones penales correspondientes”, el artículo 48 de la Constitución de Italia de 1947 que señala que “El voto será personal, igual, libre y secreto y su ejercicio constituye un deber cívico”,⁶¹ y el artículo 49.2 de la Constitución de Portugal de 1976 al establecer que “El ejercicio del derecho de sufragio es personal y constituye un deber cívico”.⁶²

Para García Roca⁶³ los derechos democráticos tienen una doble naturaleza: participación política y autonomía. Una naturaleza que en apariencia puede parecer contradictoria, pero que, sin embargo, como razona a partir de la teoría de los derechos fundamentales y los principios de inspiración garantista de la democracia constitucional: “Cada representante puede contribuir a formar la mayoría en el proceso democrático de adopción de decisiones, pero es también una importante minoría a la que la Constitución dispensa una garantía reforzada mediante la atribución de la titularidad de un derecho fundamental”.⁶⁴

Es decir, por un lado, son derechos en los que se articula el «principio democrático» y la «soberanía popular», reconociendo a sus titulares facultades de

⁶¹ Sobre el particular, véase el análisis de Mortati del último enunciado del artículo, «deber cívico», MORTATI, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 10a. ed., Padova, CEDAM, 1991, t. I., p. 437 y s., que él identifica con la obligatoriedad del voto. En su opinión, el voto se concede no exclusivamente en el interés particular del ciudadano sino, en cambio, del interés general.

⁶² Las versiones castellanas fueron tomadas de RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano (eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997. Asimismo, ARAGÓN, Manuel, “Democracia y representación...”, op. cit., p. 48.

⁶³ GARCÍA ROCA, Javier, op. cit.

⁶⁴ Cfr. Ibídem, pp. 101-107; la cita en específico, p. 107.

intervención y participación en el proceso político, las cuales pueden ejercer de forma directa o indirecta, individualmente o de forma colectiva, a través de grupos o formaciones sociales.⁶⁵ Asimismo, esa soberanía popular se ejerce a través de los poderes públicos, principalmente en aquellos que desempeñan cargos públicos representativos y se encuentran fuertemente vinculados a la voluntad de la comunidad.⁶⁶ Por el otro, el «principio mayoritario» presente en la democracia representativa exige “la posibilidad de la crítica política con publicidad y de diversas relaciones de mayoría en alternancia, [...] entraña la *protección de las minorías*”. En este sentido, los derechos políticos de las minorías deben ser entendidos –según estima García Roca– como “derechos subjetivos de libertad o autonomía”.⁶⁷

Teniendo en mente el ordenamiento jurídico español, pero extensible a otras latitudes, García Roca afirma que el acceso a los cargos públicos es un «derecho subjetivo con rango fundamental», según las siguientes razones: (1) el legislador no puede disponer de su *contenido esencial*, además tiene una sólida resistencia a su modificación, incluso, frente al poder de reforma; (2) configura una *norma constitucional directamente aplicable* (sin perjuicio de su configuración legal en relación con las condiciones reales para su ejercicio); (3) sus titulares gozan de legitimación para acceder a una *doble tutela judicial*, ordinaria y en sede constitucional; y, (4) existe un interés o *bien jurídico constitucionalmente protegido* (la representación política).⁶⁸

Con lo cual, esta postura se aleja de las concepciones del derecho de sufragio en ambas facetas, activo y pasivo, como una función estatal, una obligación o un deber (jurídico o moral). Respecto a esta última, porque –en opinión de García Roca–, entre otras razones, “[...] nadie puede ser obligado a actuar, en nombre de otros, a representarlos, y, en definitiva, a erigirse en titular de un cargo público”.⁶⁹

Ahora bien, los representantes y, muy especialmente, los parlamentarios o miembros de órganos legislativos gozan “de un peculiar estatuto en el que se entremezclan libertades, derechos, deberes y obligaciones”. Una esfera de autonomía que se traduce –según establece García Roca– “para reaccionar frente a agresiones

⁶⁵ *Ibíd.*, pp. 103 y 104.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 105.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 106, cursivas del original.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 115.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 116.

ilegítimas o indebidas a esos derechos por parte de diversos sujetos: los órganos directivos de la Cámara, o del partido que lo presentó en sus listas e, incluso, de los Grupos Parlamentarios en que se inserta”.⁷⁰

Entendido de esta manera el derecho de sufragio pasivo, con una doble naturaleza, protege cuatro momentos distintos de su desarrollo: acceso al cargo, permanencia en el cargo, ejercicio del cargo y no debe excluirse, además, el derecho a renunciar al cargo. Esto es, a nadie se le puede obligar a continuar ejerciendo el cargo “cuando cese la voluntad de continuar ejercitando su derecho subjetivo por la razón que fuere”.⁷¹ Sin embargo, el fundamento y la justificación de la renuncia deben buscarse en la necesidad de mantener los vínculos representativos, en palabras de García Roca: “un titular de un cargo público representativo debe poder renunciar a desempeñar su función en un órgano del Estado, si cree que de ese modo mantiene mejor el compromiso adquirido con sus electores”.⁷²

Desde esta perspectiva, debe quedar abierta en todo momento la posibilidad de renuncia voluntaria para el titular de un cargo público representativo, en tanto se justifique el beneficio de dicha renuncia con el compromiso adquirido frente a los electores. Es evidente que la variedad de razones o causas que pueden llevar a un titular de un cargo público representativo a tomar la decisión de renunciar son múltiples, no obstante, existen causas de fuerza mayor, como enfermedades graves, que se entienden como causa suficiente y razonable. Asimismo, dicha facultad de renuncia voluntaria no debe verse impedida por disposiciones normativas de rango legal o en los reglamentos parlamentarios que dispongan “requisitos que excluyeran la renuncia voluntaria al cargo público representativo, o la sometieran a su aceptación discrecional por la voluntad de un tercero distinto a los electores”.⁷³

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 118.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 121.

⁷² *Ídem.*

⁷³ *Ibíd.*, p. 122.

2. Nacionalidad y ciudadanía

A. Noción de ciudadanía

Volviendo a la idea de Smend del ciudadano activo y comprometido con el destino de la comunidad política a la que se encuentra unido, aquél al que se le atribuye un estatus específico y cumple una función o papel para el Estado (formar un pueblo), la noción de ciudadanía queda aunada a la participación política: el ciudadano es aquel que participa en la discusión de los asuntos públicos.⁷⁴

Por ello, como dirá con posterioridad Böckenförde, “La pertenencia a la comunidad política del pueblo se determina formal y jurídicamente por la condición de ciudadano. La ciudadanía en su conjunto constituye el pueblo político, que se delimita hacia fuera como unidad frente a otros hombres y grupos de hombres, se organiza hacia dentro a través del Estado y se gobierna a sí misma sobre la base de los derechos políticos iguales de participación”.⁷⁵ En este sentido, visto desde la perspectiva histórica de los caracteres jurídicos que retrotraen al término de ciudadanía, este “evoca los problemas relativos a la pérdida y adquisición del *status* de ciudadano”.⁷⁶ No sin razón, este anuncio de la pérdida y adquisición es visto como un problema que ocupa el foco de atención de toda legislación encargada de su regulación, pues justamente es el carácter de ciudadano el que permite el goce y disfrute de múltiples derechos que se encuentran asociados a esta categoría. En efecto, la *ciudadanía* se convierte de esta forma en centro de imputación de derechos, pues aquellas personas que, por cualquier forma, la hayan adquirido serían sujetos de imputación de los llamados derechos de

⁷⁴ Y quizás vaya más lejos, pues solo a quienes ostenten el estatus de ciudadano les será dable una misión histórica específica: “Únicamente si se contempla al ciudadano consciente de sus obligaciones morales, al cual se le atribuye un status y una mirada especial dentro del todo, atendiendo a sus peculiaridades propias, entonces queda salvaguardado el contenido esencial de la Constitución, es decir, el de formar un pueblo, que tenga libertad de actuación y pueda cumplir la misión histórica que se le ha asignado, esto es, lograr que alcancemos nuestra misión histórica y moral en cuanto nación”, SMEND, Rudolf, op. cit., pp. 265-266.

⁷⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst W., “La democracia como principio constitucional”, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, traducción y prólogo de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 87.

⁷⁶ COSTA, Pietro, *Ciudadanía*, traducción e introducción de Clara Álvarez Alonso, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 35.

ciudadanía, mientras, en sentido inverso, quienes por cualquier motivo la perdieron, dejarían de considerarse como sujetos de estos derechos.

En un primer momento quizás sea preferible entenderla de forma amplia como “la relación entre un individuo y el orden político-jurídico en el cual está inserto”.⁷⁷ En este sentido, el problema de la ciudadanía planteado por Costa, independientemente de sus vínculos espaciales y temporales, se menciona enseguida: “allá donde exista una comunidad política, un grupo organizado políticamente, existirán individuos que pertenecen a esa comunidad (están incluidos en la misma) y de su relación de pertenencia o inclusión deriva para ellos una serie de derechos y obligaciones”.⁷⁸ Entonces, según lo anterior, el problema de la ciudadanía es la relación entre pertenencia y derechos.

B. La ciudadanía como base de imputación del derecho de sufragio pasivo en el Pacto de San José

Sin duda, la condición humana ha sido el concepto central en torno al cual giran las fórmulas de imputación de derechos utilizadas por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes. Así, desde la segunda mitad del siglo XX, con la Declaración Universal, la fórmula para especificar el fundamento de los derechos que se estipulan en sus disposiciones es el núcleo de esa condición, que no es otra que la dignidad de los seres humanos. La dignidad humana vendrá a establecerse como el origen y fundamento del sistema de derechos fundamentales. Por lo que la condición humana será el centro natural de imputación.

Ahora bien, sin perjuicio de que el conjunto de derechos políticos también forme parte o se encuentre integrado en ese sistema de derechos fundamentales, básicos o inherentes al ser humano, la situación del derecho de sufragio pasivo –integrado al

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ COSTA, Pietro, “Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política”, COSTA, Pietro y ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad y ciudadanía*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 20. Sobre este particular, Costa hace una prevención que puede ser conveniente citar: “es menester evitar una posible equivocación: al hablar de comunidad política no hay que identificarla con el Estado. El Estado no es un fenómeno eterno. Es tan sólo la forma moderna de la comunidad política. El Estado es soberanista, burocracia, pueblo, unidad de mando en el territorio: es una síntesis de elementos que difícilmente se pueden encontrar en las formas políticas de las sociedades pre-modernas”, ídem.

conjunto de los derechos políticos— es distinta, ya que tiene su base de imputación en la condición de ciudadanía. Este cambio fundamentalmente tiene consecuencias importantes para aquellos sujetos que carezcan o, en un momento dado, pierdan tal condición jurídica.

La distinta caracterización como derecho de la ciudadanía, y no propiamente inherente al concepto expansivo e inclusivo de ser humano, ha generado un intenso debate acerca de su carácter restrictivo, impidiendo el goce y ejercicio de este derecho — y en general de todos los derechos ciudadanos— para amplios sectores de individuos (extranjeros y apátridas), marginándolos de poder participar políticamente en los asuntos públicos de la comunidad en que se encuentran, situación que chocaría frontalmente con la pretendida universalidad de los derechos humanos. Cuestión que, por supuesto, se ha visto agravada en las últimas décadas por los intensos fenómenos migratorios de la sociedad actual.

La ciudadanía es una categoría jurídica que conlleva generalmente el cumplimiento de determinados requisitos constitucionales y legales. El principal de ellos, no cabe duda, es el requisito de pertenencia a una determinada sociedad o comunidad, que se materializa en la nacionalidad. En efecto, la nacionalidad tiene una función de reconocimiento de aquellos individuos que forman parte de una comunidad determinada. Sin embargo, para los efectos del ejercicio de los derechos adheridos a la ciudadanía, además, se encuentran los requisitos de residencia permanente en un lugar determinado y la edad. Respecto de este último, si bien es cierto que desde el nacimiento de una persona, que será un sujeto político en potencia, resulta natural la adquisición de una nacionalidad determinada, no tendrá capacidad jurídica de ejercer los derechos de la ciudadanía hasta que cumpla con una edad determinada, comúnmente asociada a la mayoría de edad.

La Convención Americana no se encuentra exenta de esta dinámica, integra en el nivel subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos el mismo esquema de distinción para con los derechos del ciudadano. En este sentido, es relevante destacar que la única referencia expresa de «ciudadanía» en todo el texto de la Convención Americana aparece justamente en el artículo 23, el mismo que es rotulado como el de los «derechos políticos» y donde, por supuesto, está reconocido el derecho a ser elegido para los cargos de elección popular. En dicho artículo se estableció que “Todos los *ciudadanos* deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: [...]”, expresión

que contrasta enseguida con la redacción en el reconocimiento del resto de derechos que la Convención Americana establece.⁷⁹ Según este esquema, es posible reducir la titularidad de este tipo de derechos a aquellos individuos que cumplan previamente con la categoría de «ciudadano», a partir de los requisitos que los ordenamientos nacionales establezcan para su reconocimiento o adjudicación. Por su parte, la Carta Democrática es otra importante referencia normativa del *corpus iuris* interamericano que demuestra la importancia de la categoría de ciudadanía como centro de pertenencia.⁸⁰

Sobre el particular, la Corte Interamericana, en los casos donde ha tenido oportunidad de ocuparse del contenido del artículo 23 CADH,⁸¹ utiliza este esquema de distinción en la titularidad de derechos, al señalar que dicho artículo contiene diversas disposiciones que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano. Por tanto, este tipo de derechos poseen la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia del resto de derechos previstos en la Convención Americana que se reconocen a toda persona.⁸² En el **Caso López Mendoza** –dicho Tribunal– reafirma que los titulares de los derechos políticos son los ciudadanos.⁸³

C. La condición de ciudadano en el continente americano

La condición de ciudadanía en el continente americano sigue estando estrechamente vincula al concepto de nacionalidad.⁸⁴ Por ejemplo, la Constitución de Bolivia de 2009 señala que “Son ciudadanas y ciudadanos todas *las bolivianas* y todos *los bolivianos...*” (art. 144.I), la Constitución Federal de Brasil de 1988 exige la

⁷⁹ Por ejemplo, el artículo 22 relativo al derecho de circulación y residencia comienza con “Toda persona” y el artículo 24 referido a la igualdad ante la ley utiliza el “Todas las personas”, solo por mencionar algunos.

⁸⁰ El artículo 6, por ejemplo, señala que “La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

⁸¹ Casos que serán objeto de análisis en el Capítulo III. En particular, véanse las SSCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, y *López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011.

⁸² SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 145.

⁸³ SCorteIDH, *López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011, párr. 108.

⁸⁴ GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 226.

nacionalidad brasileña entre los requisitos o condiciones de elegibilidad (*condições de elegibilidade*) para los cargos de elección popular (art. 14 § 3º), la Constitución de Chile de 1980 (cuyo texto fue refundido, coordinado y sistematizado en 2005), quizás la que regula de forma más amplia las cuestiones de nacionalidad y ciudadanía, establece que “Son ciudadanos *los chilenos* que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva” y “La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran” (art. 13), la Constitución de Colombia de 1991 prescribe que “Los derechos políticos se reservan a *los nacionales*, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital (art. 100), la Constitución de Costa Rica de 1949 señala que “La ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponde a los *costarricenses* mayores de dieciocho años” (art. 90), la Constitución de México de 1917 establece que “Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la *calidad de mexicanos*, reúnan, además...” (art. 34), la Constitución del Perú de 1993 de forma lacónica indica que “Son ciudadanos los *peruanos* mayores de dieciocho años” (art. 30), y la Constitución de Venezuela de 1999, de forma contundente establece que “Los derechos políticos son privativos de *los venezolanos y venezolanas*, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución” (art. 40).⁸⁵

Aunque, por otra parte, esto debe ser atemperado por las experiencias particulares de algunos países, como el caso de México, en algunas de sus entidades federativas, donde debido a la magnitud del fenómeno migratorio (en este caso de mexicanos hacia Estados Unidos) se han introducido en la legislación electoral conceptos como «residencia binacional» o «candidatura migrante», los cuales relativizan en cierta medida ese férreo nudo nacionalidad-ciudadanía.⁸⁶

Por su parte, esta estrecha o íntima vinculación a la que se ha hecho referencia entre la condición de ciudadano y la nacionalidad también se encuentra presente en

⁸⁵ Las cursivas de los artículos constitucionales citados no son de los originales.

⁸⁶ Sobre el particular, NAVA GOMAR, Salvador O., “Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México. (Una aproximación)”, en MATIA PORTILLA, Francisco J. (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 8 y ss.

algunas de las Constituciones europeas.⁸⁷ Sin embargo, debido específicamente al proceso de integración europea, concerniente a distintos ámbitos o niveles sociales (cultural, económico, político, etcétera), ha permitido la práctica de mecanismos que mostrarían “una progresiva superación de la identidad entre nacionalidad y ciudadanía en muchos países europeos”,⁸⁸ principalmente a través de la ciudadanía comunitaria.⁸⁹ Esto ha permitido figuras como el voto de los extranjeros residentes en elecciones locales.⁹⁰

Ahora bien, en el ámbito interamericano, el artículo 20.1 de la Convención Americana reconoce a toda persona el derecho a una nacionalidad.⁹¹ Este simple reconocimiento *a priori* tiene repercusión directa en la protección jurídica que otorgan los Estados parte a los individuos dentro de su territorio. Los Estados protegen, en sentido estricto, a aquellas personas que son nacionales de este, mientras que las personas carentes de este estatus (los extranjeros) se entenderían protegidos por el Estado al que pertenecen o se vinculan jurídicamente.

D. Dos tipos de nacionalidad ex Conventionem: *originaria y adquirida*

La Corte Interamericana en su **Opinión consultiva OC-04/84**⁹² define la *nacionalidad* como “[...] el vínculo jurídico político que liga a una persona con un

⁸⁷ El caso español es particularmente significativo, pues a estos fines se produjo una de las dos únicas reformas que ha sufrido la Constitución española, el 27 de agosto de 1992, añadiéndose las palabras «y pasivo» al apartado 2 de su artículo 13. Para establecer que “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. Por su parte, tratándose de los requisitos constitucionales de elegibilidad para ser miembro de la Cámara de Representantes o del Senado, respectivamente, los artículos 64 y 69 de la Constitución de Bélgica de 1994 (texto refundido), son claros al expresar que «será necesario» «ser belga».

⁸⁸ GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 225 *in fine*.

⁸⁹ WEILER, Joseph, “Introduction: European Citizenship – Identity and Differentity”, en LA TORRE, Massimo (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, pp. 1-24.

⁹⁰ Sobre el particular, SANTOLAYA, Pablo, “El derecho de sufragio de los extranjeros”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 50, 2008, pp. 25-33, SANTOLAYA, Pablo y DÍAZ CREGO, María, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 y SANTOLAYA, Pablo y REVENGA, Miguel, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁹¹ Disposición que señala que “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

⁹² CorteIDH, Opinión consultiva OC-4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, de 19 de enero de 1984.

Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”.⁹³ Asimismo, identifica dos tipos de nacionalidad: la *nacionalidad originaria*, que depende de un hecho fortuito (haber nacido en un territorio determinado o nacer de unos progenitores que la tenían); y la *nacionalidad adquirida*, dependiente de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores.⁹⁴ Lo anterior cobra pleno sentido en el momento que la Convención Americana contempla en su artículo 20.3 la posibilidad de cambiar de nacionalidad.

La sede natural para establecer las condiciones y modalidades para adquirir ese vínculo es materia que depende predominantemente del orden interno de cada Estado, vendrá a decir la Corte.⁹⁵ Aunque –matiza más adelante– las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos.⁹⁶

Además, dicha limitación a la discrecionalidad estatal no es estática sino, al contrario, sufre un constante proceso de actualización conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a las posibles vulneraciones a sus derechos por parte de los Estados. Para la Corte Interamericana esta evolución ha arribado al establecimiento de dos deberes esenciales de los Estados: brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley, sin discriminación, y prevenir, evitar y reducir la apatridia. Todavía más cuando la apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de, entre otros, los derechos políticos.⁹⁷

Ahora bien, el supuesto de la nacionalidad adquirida sigue encontrando serios límites para el ejercicio pleno del derecho de sufragio pasivo en algunos países, como en el caso de México, quien exige en el párrafo segundo del artículo 32 constitucional que “El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad”. Entre los cargos de elección

⁹³ Ibídem, párr. 35.

⁹⁴ Cfr. Ídem.

⁹⁵ Ibídem, párr. 36.

⁹⁶ Ibídem, párr. 38.

⁹⁷ Cfr. SCorteIDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005, párrs. 140-142.

popular incluidos en esta categoría, se encuentra el de Diputado, Senador, Gobernador de entidad federativa, Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el de Presidente de la República.⁹⁸ Por tanto, el requisito de la nacionalidad de origen se convierte en un requisito indispensable para ser elegible.

III. SISTEMA DE RESTRICCIONES O EXCLUSIONES

Resulta común a los actuales ordenamientos jurídicos establecer un sistema de restricciones en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Y para los efectos del presente trabajo, entiendo *restricción* en sentido amplio, como límite formal (contenido en las normas) o material (proveniente de factores factuales) que afecta el normal funcionamiento y condiciona el pleno ejercicio del derecho de sufragio pasivo para determinadas personas o colectivos de la sociedad. En este sentido, habría que distinguir entre *restricciones legales* y *restricciones ilegales*, siendo las primeras aquellas que el legislador ha estimado conveniente incorporar en el ordenamiento jurídico, mientras las segundas tienen que ver con las acciones o medidas de agentes estatales o de grupos de poder que materialmente impiden a las personas de determinadas comunidades hacer uso de dicho derecho. Por otra parte, no se puede descartar la posibilidad de que ciertas restricciones incorporadas legítimamente en el ordenamiento jurídico, esto es, siendo restricciones legales, sean posteriormente declaradas inconstitucionales o inconvenientes por los tribunales competentes, por lo que, *a posteriori*, pueden calificarse de restricciones ilegítimas. Obviamente, por quedar fuera del alcance de la investigación, las restricciones ilegítimas provenientes de factores de poder (violentos o económicos) no serán abordadas.⁹⁹

En términos generales, puede decirse que la implantación de ese sistema de restricciones tiene la intención de proteger una institución fundamental para la

⁹⁸ Aunque con una salvedad importante en el caso de este último cargo, pues se permite que pueda ser elegible quien sea mexicano por nacimiento, “hijo de padre o madre mexicanos y haber residido en el país al menos durante veinte años”, según el artículo 82 de la Constitución de México.

⁹⁹ Sobre esto último, en un caso extremo –incluido en el análisis que se hará posteriormente– de violencia sistemática hacia grupos específicos de oposición política, la Corte Interamericana señaló que las amenazas y la situación de desprotección que había sufrido un parlamentario colombiano “se manifestaron en restricciones o presiones indebidas o ilegítimas de sus derechos políticos”, *SCorteIDH, Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones), de 26 de mayo de 2010, párr. 177.

democracia: la representación política. La amplitud de las restricciones dependerá, en gran medida, del catálogo de causas o supuestos que sean considerados como relevantes para limitar el ejercicio normal de los derechos de aquellos que pretendan acceder a los cargos de elección popular. La fórmula para su regulación es que se establezcan en primera instancia en la Constitución y que ésta, a su vez, permita el desarrollo y adición de nuevos supuestos remitiéndose a la ley electoral, aunque también se contempla la posibilidad de su establecimiento en una legislación específica. De igual forma, el sistema de restricciones puede verse desde la eficaz coordinación de los institutos que lo conforman.¹⁰⁰

El sistema al que se ha hecho alusión se encuentra integrado principalmente por unos requisitos generales de elegibilidad, los institutos de la inelegibilidad y de la incompatibilidad, pero también dentro de este sistema deben incluirse los supuestos que afectan la capacidad electoral pasiva. De forma general, esas restricciones o exclusiones tienen carácter prohibitivo en el ejercicio del derecho a ser elegido, pero sus efectos pueden ser temporales (en la mayoría de los casos) o permanentes (siendo el más grave la declaración judicial de incapacidad electoral pasiva).

1. Requisitos generales de elegibilidad electoral

Como fue explicado en líneas precedentes, el estatus jurídico de ciudadanía es la clave en el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo a los habitantes de un territorio determinado y, en consecuencia, de la facultad de participar en los asuntos públicos de esa comunidad. Por ello, en definitiva, todo individuo que detente el estatus de ciudadano será sujeto pleno para acceder a los cargos públicos representativos. Ahora bien, se diría que lo anterior es suficiente para poder ejercitar este derecho, sin embargo, además deben cumplirse con unos requisitos generales que la norma constitucional o las normas inferiores establecen (habilitadas, por supuesto, por la Constitución). En otras palabras, cualquier ciudadano que pretenda ser candidato

¹⁰⁰ Según SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Procedimiento y garantías electorales*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 94, el caso español es muestra de “un catálogo asistemático” de las causas de inelegibilidad.

electoral, para lograr tal fin antes debe cumplir con una serie de requisitos previamente establecidos.

Tales requisitos dependen del tipo de cargo público representativo y de la normativa particular de cada país. Es una constante que la Norma Fundamental contenga los requisitos de los principales cargos de elección popular a nivel nacional. Así, por citar sólo un ejemplo, en la región latinoamericana fundamentalmente de tradición presidencialista se encuentran los requisitos de elegibilidad para los cargos de presidente y vicepresidente, de senadores y, por supuesto, de los diputados. En ese sentido, pueden distinguirse entre requisitos generales y requisitos específicos. Los *requisitos generales* son aquellas disposiciones que tienen que ver con acciones previas encaminadas a la composición del cuerpo electoral.¹⁰¹ En esta tesitura cabe situar la *inscripción obligatoria* en el registro, padrón o censo electoral, o la residencia por un tiempo determinado en un territorio específico. Como se sabe, durante los siglos XIX y parte del XX los requisitos asociados a la renta, la ideología o el género estuvieron presentes en la determinación de los elegibles a los cargos de elección popular. Por su parte, los *requisitos específicos* tienen relación directa con las características propias que se le atribuyen a determinados cargos de elección popular.

Quizás el principal requisito general y previo para acceder a los cargos de elección popular sea la *edad*. En los textos constitucionales y legales difícilmente podrán encontrarse las razones que hay detrás del establecimiento de la edad para ser elegible. No hay una edad inequívoca o estándar fijada por las constituciones y las leyes, además los parámetros varían según se trate del cargo popular al que se quiera acceder. Así, los datos indican que, en los sistemas bicamerales, para el cargo de senador el requisito de la edad es mayor en comparación de lo requerido para el cargo de diputado. Esto podría tener explicación en la carga histórica subyacente a la cámara baja, ya que desde su origen, en la cultura romana, se componía de los ciudadanos que pertenecían al grupo de mayor edad y, por ende, con mayor experiencia para intervenir en los asuntos públicos. En nuestros días esto no significa una garantía automática de capacidad y entendimiento de los problemas y necesidades que tienen que ser resueltos

¹⁰¹ No es ocioso traer a colación el artículo 72.3 de la Constitución de El Salvador, dispositivo que muestra de forma clara cómo el ejercicio del derecho de sufragio pasivo está condicionado al cumplimiento previo de requisitos constitucionales y legales. Textualmente dice lo siguiente: “Los derechos políticos del ciudadano son: [...] 3. Optar a cargos públicos cumpliendo con los requisitos que determinan esta Constitución y las leyes secundarias”.

en sede parlamentaria, pero se sigue conservando en las normas respectivas esta diferenciación de la edad entre los cargos de diputado y senador.

En realidad la razón que sostiene el mantenimiento de una edad determinada para acceder a los cargos de elección popular se encuentra en la responsabilidad que conlleva convertirse en representante de la comunidad y en la autoridad política que se deposita en ellos, no tanto en la capacidad intelectual, como sucede en el caso del sufragio activo.¹⁰² En efecto, los fines que persigue la institución de la representación se estiman trascendentes para el sistema democrático, por ello los individuos que pretendan ejercer cargos de elección popular deben cumplir con determinado trayecto de vida, el suficiente que les permita reconocer las consecuencias de sus acciones personales y colectivas. En otras palabras, la experiencia vital se vuelve indispensable para que los representantes políticos puedan cumplir eficazmente su papel.

El otro requisito general de elegibilidad electoral es la *residencia*,¹⁰³ requisito que se encuentra indisolublemente anudado al vínculo que existe entre el elector y el elegido o, en un sentido normativo, entre los derechos de sufragio activo y sufragio pasivo, por lo que en la mayoría de los ordenamientos electorales, si no en todos, la residencia juega un papel clave en la identidad de los electores con sus representantes. La idea principal que se encuentra presente en la definición de residencia en el ámbito electoral es que los representantes son parte de la comunidad política que los elige, por tanto, son miembros de esa comunidad. Hay un sentido de pertenencia. Esta exigencia que debe cumplir todo aquel ciudadano que pretenda convertirse en candidato electoral

¹⁰² PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “La representación política como derecho fundamental”, op. cit., p. 415, se muestra favorable a la posibilidad de reducir la mayoría de edad electoral, que en el caso español se fija junto a la mayoría de edad general de los 18 años, con el objetivo de fomentar la participación política, en tanto nada asegura que las personas de 16 años no tengan “la capacidad intelectual necesaria” para emitir su voto.

¹⁰³ Tratándose del derecho de voto, pero con clara repercusión para las pretensiones de los potenciales elegibles, el TEDH en la sentencia *Sitaropoulos y Giakoumopoulos vs. Grecia*, de 8 de julio de 2010, analizó la falta de desarrollo legislativo, durante un período que se muestra excesivo (más de treinta años), del mandato constitucional que establece la posibilidad de que los ciudadanos ausentes y residentes en el extranjero puedan votar. En esa primera resolución, no obstante entender que el CEDH no obliga a regular tal supuesto, estimó que su inexistencia en este caso privaba de contenido al derecho de sufragio activo. Sin embargo, la decisión de una Gran Sala, de 15 de marzo de 2012, tuvo criterio distinto, reconociendo un amplio margen en esta materia (residencia) al legislador electoral, en tanto el CEDH no puede imponer el derecho de voto de los ausentes o expatriados, cfr. GARCÍA ROCA, Javier, “Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3-P1 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. En adelante, se utiliza esta segunda edición para todos los casos en que se cita la obra colectiva, sin embargo, aquí en específico se refiere a la 3a. ed., actualizada, de 2014, pp. 731 y s.

actualmente pretende asegurar una cierta conexión de fidelidad y autenticidad entre la comunidad que debe ser representada y el representante.

Ahora bien, la definición y sentido en el ámbito de la representación política de este requisito pudiera resultar relativamente sencilla, sin embargo, se torna problemática y compleja cuando se trata de acreditarse o comprobarse por los tribunales electorales en el momento en que se encuentra en entredicho la residencia efectiva de alguno de los candidatos o de los ya electos. Y, además, tiende a instrumentalizarse por los partidos políticos en la fase posterior de las contiendas electorales, para anularse la elección de los candidatos triunfadores.¹⁰⁴

En este sentido, durante el procedimiento electoral hay dos momentos principales para impugnar o hacer valer el cumplimiento del requisito de residencia, como también ocurre en general con el resto de los requisitos generales de elegibilidad: el primero, en el registro o presentación de las candidaturas o candidatos¹⁰⁵ ante la autoridad administrativa electoral y, el segundo, en la proclamación de los electos,¹⁰⁶ donde la autoridad jurisdiccional es la encargada de resolver las controversias suscitadas por el incumplimiento de los requisitos de elegibilidad.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Sobre las dificultades que está provocando en la jurisdicción electoral el requisito de residencia para los candidatos electorales, a modo de ejemplo, véase GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La residencia como un requisito de elegibilidad electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 225-250.

¹⁰⁵ Arnaldo Alcubilla define de la siguiente forma este momento: “La presentación de las candidaturas [...] es el acto jurídico formal por el cual un ciudadano elegible –es decir, que reúne las condiciones de elegibilidad– manifiesta su deseo de contender o de concurrir a las elecciones convocadas”, ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, “Los recursos jurisdiccionales en relación con la proclamación de las candidaturas”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma (ed.), *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 22. En realidad aquí antes de entenderse en un sentido individual, del ciudadano elegible, que es correcto en tanto el derecho de sufragio pasivo corresponde al ciudadano, debe recordarse que la facultad o potestad de presentar las candidaturas a la autoridad electoral correspondiente está en manos de los partidos políticos.

¹⁰⁶ La proclamación de las candidaturas o de los candidatos es un acto jurídico indispensable de la autoridad electoral de cara a la ciudadanía, dentro del procedimiento electoral, un acto de *concreción*. Según Arnaldo Alcubilla, “[...] es el primer acto trascendente del proceso electoral en cuanto a partir de éste se formalizan ante el cuerpo electoral los sujetos que solicitan su voto, los que demandan la obtención del cargo representativo”, ídem.

¹⁰⁷ Conforme con la experiencia del tribunal electoral mexicano, es en la fase de proclamación de candidatos donde se encontrarían las mayores dificultades en el cumplimiento de la residencia. Por ello, González Oropeza adopta una posición práctica con respecto a la problemática de la residencia: “Considero que lo más benéfico es que la inelegibilidad por falta de residencia o de cualquier otro requisito similar pueda hacerse valer sólo hasta antes de la jornada electoral para evitar que maliciosamente se espere atacar al candidato triunfador para anular su elección, lo cual es castigar al electorado que lo eligió”, GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, op. cit., p. 242.

2. Capacidad electoral pasiva

La capacidad electoral es una característica propia del derecho de sufragio pasivo que en muchas ocasiones pasa desapercibida por su obviedad. Sin embargo, como se tratará de advertir en las siguientes líneas, tener o no tener capacidad electoral pasiva resulta trascendental para poder ser elegible y, en este sentido, se convierte en el primer bloque que puede llegar a limitar el ejercicio de aquellos que sean titulares de ese derecho.

El término de capacidad electoral en primera instancia se utilizó para referirse al derecho de votar.¹⁰⁸ Con ello se quería establecer quién podía “*tener derecho* a formar parte del cuerpo electoral, es decir, de la masa de posibles votantes”.¹⁰⁹ En este sentido, el tema de la *capacidad electoral* se presenta como una cuestión previa al proceso electoral, ya que se quiere saber quién tiene capacidad para ser elector. Según Carreras y Vallés, los requisitos generalmente son la nacionalidad y la ciudadanía, la edad, el goce de derechos civiles y el domicilio (residencia permanente). También analizan los requisitos de sexo y de carácter económico e intelectual, pero con intención histórica, ya que las actuales legislaciones electorales han eliminado toda referencia a criterios de discriminación por cuestiones intelectuales, económicas, o sexo. Esta capacidad electoral se define a la vez positiva y negativamente. La faceta positiva se refiere a la serie de requisitos expresamente señalados en las normas (constitucionales y electorales) que tienen que ser cumplidos, “requisitos *positivos* [...] que exigen una serie de cualidades en el votante”.¹¹⁰ La otra faceta, la negativa, se refiere a lo que se conoce como incapacidades, que son las que “impiden –por taxativa imposición de la ley– la participación en el acto electoral”.¹¹¹ Como puede verse, se habla de una capacidad electoral específica, la activa.

Siguiendo estos términos estimo se puede abordar la capacidad electoral pasiva, adaptando las definiciones al terreno de la capacidad para ser elegible (ser votado). Esto es posible por la estrecha e indisoluble relación que existe entre ambos derechos en la

¹⁰⁸ Cfr. CARRERAS, Francesc de y VALLÉS, Josep M., *Las elecciones. Introducción a los sistemas electorales*, prólogo de Manuel Jiménez de Parga, Barcelona, Blume, 1977, p. 33.

¹⁰⁹ Ídem, cursivas del original.

¹¹⁰ Ídem, cursivas del original.

¹¹¹ Ídem.

democracia representativa,¹¹² que son las dos caras de una misma moneda.¹¹³ La existencia de uno no se comprendería sin la presencia del otro. Así, la secuencia lógica de la vida electoral de las personas indica que antes de ser elegibles fueron votantes, es decir, cumplieron previamente con los requisitos necesarios de la capacidad electoral activa.

Según lo anterior, la capacidad electoral pasiva también puede quedar definida a partir de la presencia de elementos positivos y negativos: por un lado, la serie de cualidades del elegible y, por el otro, los impedimentos (incapacidades) para considerarse como tal.

Ser elegible como representante político no sólo implica el cumplimiento de los requisitos previamente establecidos sino que, de mayor relieve, el ordenamiento se asegura, a través de sentencias judiciales, que las personas que han sido consideradas con alguna discapacidad de índole civil también puedan verse afectadas con el establecimiento de una discapacidad electoral, es decir, tener efectos restrictivos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. En este sentido, la representación política exige capacidad jurídica (que se traduce en capacidad electoral) para cumplir con el encargo de representante popular.

Desde esta perspectiva puede observarse la existencia de un determinado colectivo o grupo de la población al que le está vedado el ejercicio del derecho de sufragio pasivo: los declarados judicialmente incapaces. Es decir, no pueden estimarse como personas elegibles y, como consecuencia, no pueden ser candidatos en las competiciones electorales. Esto, por tanto, es una fase previa a lo que usualmente se conoce como causas de inelegibilidad y el régimen de incompatibilidades.

Ciertamente es posible a simple vista advertir la capacidad intelectual o de hacer de cualquier persona. Sin embargo, para estar en presencia cierta de alguna incapacidad

¹¹² Por ejemplo, Kelsen señala: “en una democracia indirecta (representativa) el derecho político fundamental es el de votar, es decir, el derecho del ciudadano de participar en la elección del Parlamento, del Jefe del Estado, y de otros órganos creadores (y aplicadores) del derecho”, KELSSEN, Hans, op. cit., p. 103. Así, el derecho de voto está vinculado a la elección de los miembros de los órganos legislativos, es decir, de las personas que pueden convertirse en representantes políticos.

¹¹³ Imagen que también es utilizada por TORRES MUÑOZ, Ignacio, “Nuevas cuestiones del derecho de sufragio pasivo”, en PASCUAL MATEO, Fabio (dir.), *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Asamblea de Madrid, 2010, p. 137, para describir las relaciones indisolubles entre estos derechos, el sufragio pasivo como la “otra cara de la moneda del derecho de sufragio”. Es decir, comparten una misma materia y vocación democrática.

jurídica (sea civil o electoral), esta debe ser declarada exclusivamente por los tribunales competentes, apoyados por los exámenes científicos y las periciales pertinentes. La declaración judicial de incapacidad electoral lleva, como principal consecuencia, a la privación del ejercicio del derecho fundamental de sufragio. Esta declaración, en la medida de lo posible, debe evitar caer en automatismos cuando se enfrenta al análisis de las distintas incapacidades.¹¹⁴

Según García Roca, la privación del sufragio *excluye* materialmente a alguien de la comunidad política a la que pertenece, por ello es “una medida excepcional que debe acordarse con todas las garantías. Una grave limitación y exclusión de derechos que sólo debe adoptarse si no existe otra medida equivalente y de forma muy matizada o proporcionada a la entidad del defecto”.¹¹⁵

Como muestra el trabajo del autor citado, en el ámbito jurisdiccional frecuentemente se omite realizar una motivación expresa, específica y adecuada tratándose de la privación del sufragio pasivo, que queda automáticamente asociada a la declaración de incapacidad civil. Es decir, si el tribunal estima la existencia de incapacidad civil, esto es motivo suficiente para trasladarse igualmente al plano de la incapacidad electoral. Pero también son raros los esfuerzos de los tribunales por distinguir entre la capacidad que debe considerarse adecuada para ejercer la modalidad activa del derecho de sufragio frente a la modalidad pasiva.¹¹⁶

Ahora bien, las causas que pueden llegar a afectar la emisión personal y directa del voto en el caso de los colectivos de personas de especial vulnerabilidad (analfabetos,

¹¹⁴ GARCÍA ROCA, Javier, “Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo”, en SERRANO GARCÍA, Ignacio (coord.), *La protección jurídica del discapacitado. II congreso regional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 178, sostiene que “Los efectos jurídicos y las conclusiones de un razonamiento concreto, pueden y deberán a menudo ser en la práctica los mismos a partir de un cierto grado de deficiencia psíquica o incapacidad. Normalmente, quien no puede administrar su patrimonio como propietario o poseedor de bienes y, en consecuencia, autodeterminarse o autogobernarse sin la ayuda de terceros, difícilmente podrá participar en los asuntos públicos como ciudadano sin igualmente venir necesariamente sometido a influencias que puedan condicionar su conducta de forma indebida. Pero esta conexión normal, en cuanto habitual, no puede darse por supuesta e ineluctable, puede haber excepciones. Por ello el órgano judicial que declare la incapacidad debe desechar cualesquiera automatismos en defensa de los derechos fundamentales del presunto incapaz”.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 175.

¹¹⁶ *Ibíd.*, pp. 183 y ss. Autor que argumenta una mayor exigencia al momento de motivar cuando se trata de restringir el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en tanto “[v]otar, ser representado, no puede requerir las mismas dosis de mérito y capacidad, de talento, que ejercer el sufragio pasivo y luego un mandato representativo”, *ibíd.*, p. 179.

personas con problemas físicos de movilidad, invidentes)¹¹⁷ no tienen los mismos efectos jurídicos tratándose de la modalidad pasiva del sufragio. Es decir, tales estados por sí solos no producen regímenes especiales –como sí sucede en el sufragio activo–¹¹⁸ en el ejercicio efectivo del derecho de sufragio pasivo, por lo que en principio esos colectivos pueden ser elegibles, candidatos y, ulteriormente, representantes populares. Lo que viene a confirmar que la preocupación principal para el sufragio pasivo, tratándose de capacidad, son las deficiencias psíquicas.

3. Inelegibilidad

El segundo bloque que comprende el sistema de restricciones son las causas de inelegibilidad.¹¹⁹ En términos cualitativos este bloque es el principal «obstáculo»¹²⁰, «impedimento»¹²¹ o «limitación»¹²² en el ejercicio del derecho a ser elegido. Y si por «obstáculo» en sentido amplio se entiende un impedimento material o jurídico, en último término también es una restricción. La inelegibilidad forma parte de las reglas básicas del juego democrático: previamente se han establecido con vocación de

¹¹⁷ Sobre las dificultades prácticas y la afectación de algunos de los principios básicos que rigen la modalidad del sufragio activo, véase GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A., *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

¹¹⁸ Para el análisis de los regímenes especiales, según las necesidades de los colectivos, ibídem, pp. 88 y ss.

¹¹⁹ En este punto deben consultarse los diversos comentarios y estudios del artículo 70.1 CE (dispositivo constitucional del sistema español donde se establecen las principales causas de inelegibilidad y la remisión a la ley electoral para su desarrollo), entre otros, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Artículo 70. Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Madrid, Edersa, 1989, t. VI, pp. 233-301, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Artículo 70.1. La inelegibilidad e incompatibilidad electoral”, en CASAS BAHAMONDE, María E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009, pp. 1370-1378, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J., “Artículo 70. Las inelegibilidades e incompatibilidades de los diputados y senadores y el control judicial de las elecciones al congreso y al senado”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa-Cortes Generales, 1998, t. VI, pp. 279-321 y ALBA BASTARRECHEA, Esther, “Inelegibilidades como límite al derecho de sufragio”, en PASCUA MATEO, Fabio (dir.), op. cit., pp. 181-201. Asimismo, un análisis puntual sobre la interpretación dada a algunos extremos de las causas de inelegibilidad en las sentencias del Tribunal Constitucional se encuentra en GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos...*, op. cit., pp. 198-203. Otra obra aparecida con posterioridad complementa el análisis jurisprudencial en sede constitucional: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000, pp. 77-109.

¹²⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Inelegibilidad (Derecho constitucional)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. III, p. 3546.

¹²¹ ARAGÓN, Manuel, “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, op. cit., p. 117.

¹²² SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Procedimiento y garantías electorales*, op. cit., p. 91.

permanencia determinados supuestos que impiden la participación de ciertos jugadores, quienes no podrían presentarse como candidatos para los cargos públicos de elección popular, teniendo fundamento en “la libertad del elector y en el principio de igualdad en el proceso de formación y manifestación de la voluntad del cuerpo electoral”.¹²³

Con lo cual quedan destacados los tres elementos sustanciales de la inelegibilidad: *naturaleza*, *fundamento* y *objetivo*. En primer lugar, una inelegibilidad es un obstáculo o impedimento, esto quiere decir que el derecho de sufragio pasivo en la práctica está encorsetado, no puede expandirse a sus anchas pues encuentra límites precisamente en las inelegibilidades. Obviamente esto tiene un fundamento lógico y jurídico, que es el siguiente elemento destacado, la «libertad del elector» y «el principio de igualdad», los cuales deben ser garantizados por el ordenamiento. El primero indica que se trata de garantizar un aspecto externo del sufragio pasivo, pues se relaciona directamente con el elector, no con el elegido. En tanto el principio de igualdad sí se encontraría vinculado directamente con las condiciones que deben gozar los candidatos en las contiendas electorales. Respecto del tercero, y último elemento, Fernández-Miranda alude que “Se trata de impedir que quienes se encuentren en una situación de supremacía jurídica o, en su caso, económica o social, puedan concurrir a las elecciones, sin previa renuncia al cargo declarado inelegible, pudiendo poner en peligro la objetividad del proceso electoral y la neutralidad de los poderes públicos”.¹²⁴

Otra definición de interés es la propuesta por Santolaya, quien señala que “[...] inelegibilidad es todo supuesto legal que priva del derecho de sufragio pasivo a una persona, que, de no estar incurso en él, gozaría de la plenitud del derecho, pudiendo ser candidato a un determinado proceso electoral. Significa por tanto, una limitación, absoluta o relativa, para determinadas elecciones o circunscripciones, por causas legales tasadas, de la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio pasivo del que se es titular”.¹²⁵ De esta definición cabe resaltar ciertos atributos: el grado de intensidad de la limitación; lo que se limita es la capacidad de ejercicio; y, vinculado estrechamente con lo anterior, la titularidad del derecho. Respecto de la intensidad, debe tenerse presente el alcance de la limitación, es decir, es una limitación absoluta cuando excluye la

¹²³ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Inelegibilidad (Derecho constitucional)”, op. cit., p. 3546. En el mismo sentido, ARAGÓN, Manuel, “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, op. cit., pp. 117 y 118.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Procedimiento y garantías electorales*, op. cit., p. 91.

participación del sujeto de todo tipo de elecciones (nacionales, estatales y municipales), en cambio se está en presencia de una limitación relativa cuando pudiendo participar en elecciones municipales o estatales, no podría hacerlo en elecciones nacionales. Ahora bien, cuando Santolaya afirma que lo que se ve afectado es la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio pasivo, está dando por sentado que existe previamente la titularidad de ese derecho, por ello más adelante indica: “[n]o podemos decir que los extranjeros o los menores son técnicamente inelegibles en el sistema español porque no se trata de una limitación al ejercicio de un derecho del que son titulares, sino de una falta de titularidad de ese mismo derecho”.¹²⁶

Hay varias formas o criterios de clasificación de las inelegibilidades, todos válidos y orientadores, pero la tendencia marca preferentemente tres de ellos, el *material* que indica la distinción entre inelegibilidades públicas e inelegibilidades privadas, para hacer referencia al origen de la actividad o cargo que obstaculiza, impide o limita el que alguien pueda ser elegible. Por otra parte, el *criterio territorial* –al que ya se hizo referencia– se refiere a los efectos o el alcance que puede tener la inelegibilidad, es decir, para una, varias o todas las circunscripciones electorales. Y, por último, el *criterio temporal*, dependiendo del momento preciso en el que se encuentre el sujeto durante el procedimiento electoral. En este sentido, son «iniciales», cuando la persona “está incurso en el momento de la convocatoria de elecciones o, en todo caso, con anterioridad a la proclamación de candidaturas” y son «sobrevenidas» cuando “se incurre desde la proclamación de candidatos hasta la celebración de las elecciones”.¹²⁷

Por otra parte, hay una clasificación más general que se ubica preferentemente en el plano del instrumento que las regula, al dividir las inelegibilidades en electorales y penales. A ellas podría añadirse otra de carácter todavía más general, para los efectos de este trabajo. Las inelegibilidades pueden ser absolutas o relativas. Son absolutas cuando el individuo no puede optar o elegir su situación, su voluntad hasta cierto punto es irrelevante. Aquí se encontrarían las penas privativas del derecho de sufragio pasivo, las declaraciones judiciales de incapacidad electoral pasiva y el internamiento en hospital psiquiátrico por orden judicial. Las inelegibilidades relativas son aquellas donde las

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Inelegibilidad (Derecho constitucional)”, op. cit., p. 3547. Y en esto quizás deba remarcarse la importancia del «hasta la celebración de las elecciones», pues como observa nuestro autor, “Lo que no tiene sentido es hablar de «inelegibilidades sobrevenidas» para referirse a situaciones nacidas con posterioridad a la celebración de las elecciones, cuando el bien jurídico protegido por la inelegibilidad ha desaparecido”, ídem.

personas afectadas tienen la posibilidad de elegir, salir de la causal que les afecta para ser candidato de elección popular. Se pueden evitar.

En el análisis de las causas de inelegibilidad los estudios electorales se ven obligados a abordar inevitablemente la cuestión de la pena privativa del derecho de sufragio. Lo hacen porque así se establece en la normativa electoral, pero teóricamente es terreno propio de la dogmática penal: las penas privativas.¹²⁸

Antes que confrontar ambas visiones, entiendo que los dos enfoques son complementarios. Las penas privativas de derechos políticos deben abordarse desde la cuestión electoral en tanto afectan las dos modalidades del ejercicio del derecho de sufragio, como también es necesario que la dogmática penal defina los perfiles teóricos de las penas privativas y los ajuste a las exigencias de la democracia constitucional. En este sentido, los estudios constitucionales y electorales son los indicados para proporcionar una idea acabada de los derechos políticos, que debe ser absorbida y comprendida por la doctrina penal, pues no hay que olvidar que son estos previos derechos los que se ven afectados por la tipificación penal y, por tanto, se debe comprender bien su sentido y fin, su papel tanto en el sistema de derechos fundamentales como en la democracia. Sin un entendimiento de qué son los derechos políticos, en especial del derecho de sufragio pasivo, difícilmente se podrá relacionar correctamente con los fines que se persiguen con la pena privativa. De no hacerse, se corre el peligro de que vayan en sentidos opuestos, por lo menos distintos. Me temo que esto es lo que refleja indirectamente el estudio de Gutiérrez Castañeda. Mientras describe la doctrina mayoritaria sobre el fin de las penas privativas de derechos políticos tendente a proteger el *prestigio* de los cargos públicos,¹²⁹ en materia electoral no corresponde con este razonamiento, sino que se entiende que lo que se protege con las inelegibilidades (donde se incluye la condena penal), entre otras razones posibles, es la

¹²⁸ Un estudio amplio desde la perspectiva penal es el de GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana, *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Asimismo, el trabajo de FARALDO CABANA, Patricia, “La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral”, *REDC*, núm. 101, mayo-agosto de 2014, pp. 159-179, muestra el funcionamiento de la *pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo* (pena accesorio), contemplada en el artículo 137 LOREG y que se aplica en todos los delitos electorales. Entre las preocupaciones que muestra la autora cabe destacar precisamente la cuestión de la aplicación de esta pena privativa de derechos en el caso español: “[...] dentro del Código Penal, la pena que nos ocupa es una de las penas accesorias más aplicadas en la práctica”, *ibídem*, p. 160.

¹²⁹ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

pureza de la elección,¹³⁰ la igualdad en el proceso¹³¹ o garantizar el carácter competitivo y libre de las elecciones.¹³²

4. Incompatibilidad

Las incompatibilidades constituyen el tercer bloque del sistema de restricciones.¹³³ Estas intervienen, según se mire el desarrollo del procedimiento electoral, en la fase final de las elecciones. En efecto, cuando los candidatos ya han sido proclamados vencedores y, por tanto, tienen asegurado el ejercicio del cargo público representativo para el que han sido elegidos.

En abstracto, compatible es que algo tiene la aptitud de concurrir o unirse en un mismo sujeto.¹³⁴ Según lo anterior, en nuestro caso, aquí el sujeto debe entenderse como el elegido, el ganador de las elecciones que ahora formará parte de un órgano representativo. En este sentido, si algo debe ser compatible es con el cargo al que accede, concurrir o unirse con el mandato parlamentario que le ha sido conferido por el pueblo. Teniendo en mente lo anterior, los ordenamientos jurídicos establecen catálogos o regímenes específicos de todo aquello que se considera no puede unirse, que no es concurrente, con la función que deberá desempeñar el representante popular. Principalmente cargos, funciones o actividades del resto de los poderes públicos, así como los del poder económico, en el caso del sector privado. Por lo que el fundamento básico de las incompatibilidades es el de garantizar “la independencia, libertad y

¹³⁰ PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, “Apuntes para una teoría general de las incompatibilidades parlamentarias”, VV. AA., *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Madrid, Moneda y Crédito, 1977, p. 658.

¹³¹ Entre otros, ARAGÓN, Manuel, “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, op. cit., p. 117, y ALBA BASTARRECHEA, Esther, op. cit., p. 182.

¹³² En opinión de SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Procedimiento y garantías electorales*, op. cit., p. 180, la finalidad de las inelegibilidades “es evitar que lo hagan [participar en las elecciones] determinadas personas bien porque supondría una desigualdad para los restantes competidores, bien como resultado de una condena penal”.

¹³³ En general las obras referidas *supra* (nota 119) también abordan el análisis de las incompatibilidades. No obstante esto, en específico, véanse FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Incompatibilidades parlamentarias (Derecho constitucional)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pp. 3498-3501, DURÁN ALBA, Juan F., *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *El mandato parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1991, en particular “Derecho de sufragio pasivo e incompatibilidades parlamentarias”, pp. 162 y ss., y PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, op. cit., pp. 641-672.

¹³⁴ Véase la definición de «compatible» del *Diccionario de la Real Academia de la lengua española*, 22a. ed.

eficacia en el ejercicio de la representación, proyectando sus efectos sobre la subsistencia de un mandato lícitamente adquirido”.¹³⁵

Ese régimen específico de las incompatibilidades establecido por los respectivos ordenamientos se ubicaría en el terreno del derecho parlamentario (y no en el electoral), por lo que correspondería a las autoridades parlamentarias el mantener el control sobre estas (su calificación y declaración formal).¹³⁶ La teoría de las incompatibilidades se ha centrado en cuatro aspectos, unidos entre sí, que pueden destacarse según se vaya profundizando en sus consideraciones: la delimitación de su contenido,¹³⁷ la justificación (o ideología) a la que responde la incorporación del régimen de incompatibilidades en el orden jurídico, el correcto instante para su aplicación (razón cronológica asociada al proceso electoral), y el órgano a quien debería corresponder el control y calificación de las causas de incompatibilidad.¹³⁸ En términos muy amplios, estos serían los principales extremos generales que subyacen a las cavilaciones de la doctrina.

De lo anterior, como bien puede advertirse, el sentido de la incompatibilidad cambia con respecto a la inelegibilidad. Ahora no se trata de limitar de forma general el ejercicio del derecho de acceso a los cargos públicos representativos sino de mantener un determinado equilibrio (libre de interferencias indeseadas) del funcionamiento de la institución parlamentaria. El énfasis propiamente se ha trasladado de la persona al mandato o escaño.

Además, en el párrafo siguiente pueden advertirse los elementos principales de la figura jurídica de la incompatibilidad: “[...] la incompatibilidad obedece a razones objetivas, esto es, al conflicto de intereses que puede sobrevenir del ejercicio simultáneo, y por una misma persona, de funciones cuyos intereses no sean asimilables,

¹³⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Incompatibilidades parlamentarias (Derecho constitucional)”, op. cit., p. 3498. Según Pérez-Serrano, el objetivo o fin de introducirse esta figura en el orden jurídico se encontraría en la protección del mandato parlamentario: “[...] la cual se establece para mantener la pulcritud del mandato con respecto a posiciones jurídicas o titularidades de relaciones que el legislador, por las razones que estime oportunas, considera no conciliables con la posición jurídica y política de diputado (o senador, según se trate de Cámara Baja o Alta, respectivamente)”, PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, op. cit., p. 668.

¹³⁶ Cfr. Ibídem, pp. 3489-3501.

¹³⁷ Dada la cercanía con otras figuras o instituciones, principalmente con la incapacidad jurídica y las inelegibilidades, los esfuerzos doctrinales se preocupan por averiguar y definir sus contornos. Así, Pérez-Serrano, que enfrenta la doctrina italiana y francesa, afirma “[...] la enorme confusión terminológica que reina en la materia. Cada autor trata, al esclarecer los conceptos, de introducir algo nuevo con el que poner algo de luz en tan oscuro tema. Y de esta forma se crea confusión aún mayor, si cabe”, ibídem, p. 658.

¹³⁸ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *El mandato parlamentario*, op. cit., pp. 176 y ss.

sino contradictorios en múltiples ocasiones. Ese es, precisamente, el problema que trata de solucionarse por medio de la incompatibilidad”.¹³⁹

Respecto de los criterios utilizados por la doctrina para delimitar o distinguir entre inelegibilidad e incompatibilidad, por un lado están quienes adoptan el criterio secuencial o cronológico del procedimiento electoral. Así, para Santolaya: “[...] en el sistema español las inelegibilidades solo se producen antes del acceso al cargo público representativo, no después, ya que se transforman en meras incompatibilidades”.¹⁴⁰ Otro criterio sería el carácter optativo que adoptan cada uno de estos mecanismos jurídicos.¹⁴¹

De lo dicho hasta aquí, se puede decir que existe un techo general y común donde coinciden las inelegibilidades e incompatibilidades, que no es otro que el de restringir a determinadas personas el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Sin embargo, vistas de forma separada y debido a su posición y función particular en el conjunto del procedimiento electoral, sus finalidades son distintas. Así, en opinión de Santolaya, la finalidad de las inelegibilidades “[...] es evitar que lo hagan determinadas personas [participar en las elecciones] bien porque supondría una desigualdad para los restantes competidores, bien como resultado de una condena penal”, mientras que “las incompatibilidades persiguen una finalidad distinta, que es el mejor funcionamiento de nuestras instancias representativas, que sufrirían sí se hicieran ampliamente compatibles con otras actividades públicas o privadas”.¹⁴²

¹³⁹ *Ibídem*, p. 666.

¹⁴⁰ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Procedimiento y garantías electorales*, op. cit., p. 97. También por ello no es casual que el tratamiento de las inelegibilidades este autor lo ubique en el capítulo dedicado a la *presentación y proclamación de candidaturas*, y tratándose del sistema de incompatibilidades corresponda su tratamiento en el capítulo de *proclamación de electos*.

¹⁴¹ Para PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, op. cit., p. 660, el elemento definitivo que permite distinguir con claridad entre inelegibilidad e incompatibilidad es la voluntad.

¹⁴² SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Procedimiento y garantías electorales*, op. cit., p. 180. En este sentido se pronuncia ALBA BASTARRECHEA, Esther, op. cit., p. 182: “[s]on garantes de la igualdad en el proceso en tanto en cuanto que impiden que las cualidades que ostentan determinados individuos –que son justamente las causas de inelegibilidad– puedan desvirtuar dicha igualdad evitando todo tipo de influjo en el procedimiento o de ventaja que pudiera derivar del cargo o circunstancia que constituye la inelegibilidad”.

IV. RELACIONES E INTERACCIONES CON OTROS DERECHOS POLÍTICOS

En los apartados previos se ha intentado ofrecer un bosquejo de la situación conceptual y doctrinal del derecho de sufragio pasivo y del sistema de límites a los que está sujeto su ejercicio por los ciudadanos. Todo lo cual me permite ahora afrontar el problema, quizás más huido, de las relaciones que mantiene con el resto de derechos y libertades políticas.¹⁴³ Para ello es indispensable partir de la tesis de que la sola presencia del derecho de sufragio pasivo no es suficiente para soportar toda la estructura procedimental y sustantiva de la democracia sino que requiere de la interacción directa e interdependiente de un conjunto amplio de derechos, principalmente de los derechos democráticos.

El sistema de derechos democráticos es uno de los elementos importantes de la Constitución moderna¹⁴⁴ y en las constituciones latinoamericanas actualmente esto no es la excepción. Desde esta posición, los derechos políticos que se referirán en los siguientes párrafos, a saber, la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación y el derecho de sufragio activo, encuentran claro reconocimiento y protección, con las debidas diferencias y variaciones de cada realidad constitucional, en todos los textos constitucionales del continente.

1. *Libertad de expresión*

La libertad de expresión tiene el don de ubicuidad y por ello, dada su presencia en casi todos los ámbitos de las actividades humanas en el espacio público, su vinculación con el derecho de sufragio pasivo es casi inevitable, por no decir

¹⁴³ El planteamiento original surge de cierta aseveración hecha por García Roca y Dalla Vía. Se trata de lo siguiente: “los derechos políticos *están conectados con* los «derechos de ejercicio colectivo», que pueden realizarse con fines políticos, y son derechos de titularidad individual de las personas que frecuentemente se ejercen de manera conjunta o agrupada como son la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, y el derecho de asociación en partidos”, GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 225, cursivas no del original. La premisa de inicio de que estos derechos se encuentran conectados requiere complementarse con el estudio de las formas en que efectivamente se interrelacionan; entre otras cosas, conocer su influencia recíproca, alcances y límites. En este sentido, resulta fundamental preguntarse: ¿cuáles son los momentos típicos de interacción entre este grupo de derechos? y ¿de qué forma se dan esas conexiones?

¹⁴⁴ Cfr. SCHMITT, Carl, op. cit., en específico el epígrafe 14 dedicado a los derechos fundamentales (donde coloca los «derechos ciudadanos democráticos»), pp. 217-244.

impensable.¹⁴⁵ La libertad de expresión en materia política es el derecho que tiene los lazos más lejanos pero, a la vez, más amplios con el derecho de sufragio pasivo. Es un derecho base sin cuya existencia difícilmente podría darse la participación política.¹⁴⁶ Es decir, la libertad de expresión resulta imprescindible para la genuina operación de los derechos políticos.

A. Las dimensiones individual y social

Justamente la libertad de expresión ha sido uno de los temas fundamentales abordados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana,¹⁴⁷ en especial su alcance en materia política, teniendo una notable atención de su parte, tanto por la importancia para el buen funcionamiento del resto de derechos como por el papel que significa para la democracia. En efecto, la jurisdicción interamericana entiende que para las sociedades que viven en contextos democráticos, la libertad de expresión desempeña un papel principal, es la «piedra angular».¹⁴⁸ En otras palabras, sin libertad de expresión la democracia difícilmente se puede sostener.

El extenso artículo 13 CADH reconoce en su primera parte que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. El contenido esencial de este

¹⁴⁵ Sobre la conexión lógica de estos derechos en la jurisprudencia del TEDH, véase GARCÍA ROCA, Javier, “Del compromiso internacional de los Estados...”, op. cit., pp. 922 y ss.

¹⁴⁶ O’Donnell alude que “La plena vigencia de las libertades públicas –la libertad de expresión, de asociación y de reunión– también es imprescindible tanto para el derecho a participar en elecciones libres como para la participación directa en la toma de decisiones que afectan a la nación y a la comunidad”, O’DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, USAID, 2004, p. 749.

¹⁴⁷ Sobre el particular, entre otros, AGUIAR, Asdrúbal, *El derecho a la democracia. La democracia en el Derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, prólogo de Allan R. Brewer-Carías, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, en específico, pp. 407-431.

¹⁴⁸ Este concepto fue utilizado por la Corte de San José en una de sus primeras opiniones consultivas, Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985.

artículo, conforme con la interpretación de la Corte Interamericana,¹⁴⁹ debe entenderse desde dos dimensiones, la *individual* y la *social*, ambas complementarias entre sí. Mientras que la primera se refiere al derecho de cada individuo, pudiéndose caracterizar mediante determinados rasgos principales: un derecho a hablar y escribir, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios, y la indivisibilidad de la expresión y la difusión del pensamiento y de la información al momento de evaluarse sus posibles límites o restricciones. La segunda se refiere a un derecho colectivo, a un *derecho de todos*, siendo sus rasgos principales: ser un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos, un derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, y el derecho de todos a conocer opiniones y noticias.¹⁵⁰

Según lo anterior, este amplio esquema reconocido en la Convención Americana es el que también sirve de base para la protección de las dimensiones individual y social de la libertad de expresión cuando se trata de su ejercicio con fines políticos, electorales y parlamentarios. Sin embargo, las formas o maneras en que este ejercicio puede llegar a materializarse, tendente a la conformación de una sociedad informada, debe necesariamente venir acompañado de la deliberación, las protestas, las manifestaciones, los comunicados, etcétera: acciones complejas que requieren de la interacción de varios derechos, políticos y no políticos, pero que en última instancia se ejercen colectivamente.

B. *Fines políticos*

Ya en 1985, en la **Opinión consultiva OC-5/85**, la Corte Interamericana señaló la relación existente entre la libertad de expresión y el *derecho de asociación* o, más bien, de su necesidad para el desarrollo –en nuestro caso– de las asociaciones y

¹⁴⁹ Principalmente, ídem, y la sentencia *Ricardo Canese vs. Uruguay* (fondo, reparaciones y costas), de 31 de agosto de 2004.

¹⁵⁰ Cfr. CorteIDH, Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 13 de noviembre de 1985, párrs. 30-32; reiterando dicha interpretación, las sentencias *Ivcher Bronstein vs. Perú* (reparaciones y costas), de 6 de febrero de 2001, párrs. 146-148, y *Ricardo Canese vs. Uruguay* (fondo, reparaciones y costas), de 31 de agosto de 2004, párrs. 77-79.

organizaciones políticas.¹⁵¹ Obviamente dicha relación de necesidad no se refiere a la modalidad de libertad de creación o la de unirse a una organización ya establecida (cuestión que se verá con mayor detalle más adelante) sino a la libertad que cabe esperar será utilizada por esas asociaciones políticas para desarrollar sus actividades. Así, el tribunal estableció que la libertad de expresión es: (1) una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática; (2) indispensable para la formación de la opinión pública; (3) una *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente; y (4) condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada.¹⁵²

En este momento, como puede advertirse, la tercera afirmación es la de mayor interés para el presente trabajo. Con ello se remarca que la libertad de expresión es una condición imprescindible en el proceso de comunicación de los partidos políticos con la comunidad. En otras palabras, sin libertad de expresión la influencia que estos podrían ejercer se vería seriamente afectada o disminuida. Y llevándolo al terreno de las elecciones, cobra mayor sentido esa conexión, pues para el cabal desarrollo del proceso electoral se requiere que los partidos se comuniquen libremente con los electores, sin mayores restricciones que las necesarias en una sociedad democrática.¹⁵³

Ahora bien, la última frase también tiene relevancia en las relaciones que la libertad de expresión establece con los derechos políticos. Para nadie pasa desapercibido que las mayores asociaciones políticas, es decir, los partidos políticos, además de su papel de reducción de las preferencias políticas de los individuos, ejercen notable

¹⁵¹ CorteIDH, Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985, párr. 70. También la sentencia *Ricardo Canese vs. Uruguay* (fondo, reparaciones y costas), de 31 de agosto de 2004.

¹⁵² Cfr. CorteIDH, Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985, párr. 70. En el mismo sentido, la sentencia *Ricardo Canese vs. Uruguay* (fondo, reparaciones y costas), de 31 de agosto de 2004, párr. 82.

¹⁵³ La cláusula «necesarias en una sociedad democrática», al momento de su evaluación en las posibles restricciones permitidas por los sistemas europeo y americano de derechos humanos, en especial para la libertad de expresión en el contexto del CEDH, ha tenido un significativo desarrollo, sin embargo, se ha dejado su análisis para el momento más general de su interacción con el principio de proporcionalidad y el régimen de restricciones (Cap. II). De cualquier manera, sobre el tema deben verse GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel I., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI. Análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula “necesario en una sociedad democrática”*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001 y CASAL H., Jesús M., “La cláusula de la sociedad democrática y la restricción de derechos humanos en el sistema interamericano”, VV. AA., *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de setiembre de 2009)*, Lima, IDEMSA, 2009, t. 1, pp. 148-172.

influencia sobre la colectividad, valiéndose de los mecanismos idóneos para llegar a ella, entre los que se encuentran los medios de comunicación masiva (principalmente la televisión, por su mayor alcance geográfico y temporal). Pero en el contexto de una democracia representativa, como es la que actualmente prevalece en los países de Latinoamérica, el discurso político tiene un papel sobresaliente como instrumento utilizado por los partidos políticos para hacer llegar a los electores su ideario. En estas condiciones, la cercanía de los partidos con el cuerpo electoral resulta fundamental. Para acortar distancias y facilitar la difusión de las ideas políticas y plataformas electorales (durante los períodos de elecciones), los medios de comunicación social se vuelven indispensables en esta tarea. Por ello, según entiendo, cuando la Corte Interamericana establece que la libertad de expresión es una condición para que la comunidad al momento de ejercer sus opciones esté suficientemente informada, resulta fundamental que en los procesos de elección popular las organizaciones y asociaciones políticas cuenten con las condiciones indispensables para ejercer de forma libre y responsable su discurso.

C. Fines electorales

Las campañas electorales se presentan como zonas reforzadas de protección de la libertad de expresión en materia política. A diferencia de lo que sucede cotidianamente con el régimen al que se sujeta la libre manifestación del pensamiento, durante los períodos electorales el régimen de comunicación política recibe un tratamiento particular, en cuanto se entiende que los límites impuestos benefician el respeto entre los contrincantes electorales y la buena marcha del proceso electoral en su conjunto.¹⁵⁴ En esto, no hay que olvidar que la campaña electoral es una manifestación compleja de la libertad de pensamiento y expresión política. Es la etapa del proceso electoral donde los candidatos previamente proclamados, con el respaldo de las

¹⁵⁴ Sobre esta temática son de interés, por ejemplo, las SSTEDH en los casos *Bowman vs. Reino Unido*, de 19 de febrero de 1998, donde una activista con el objetivo de informar a los electores sobre la postura de los candidatos respecto del aborto y la experimentación con embriones humanos fue sancionada por exceder el límite permitido de gastos en período electoral, y *TV Vest As & Rogoland Pensionistparti vs. Noruega*, de 11 de diciembre de 2008, en el que se discutió el problema de los partidos pequeños para hacer llegar su ideario político a los electores y la prohibición de hacer propaganda política en televisión durante períodos electorales. Véase, GARCÍA ROCA, Javier, “Del compromiso internacional de los Estados...”, op. cit., pp. 923-924.

asociaciones políticas que los postularon o de forma independiente, plantean y discuten sus plataformas y proyectos políticos de cara a la sociedad para su escrutinio público, procurando la mayor publicidad y cobertura de los medios de comunicación social, con el fin de que los electores cuenten con una opinión informada.¹⁵⁵ La libertad de pensamiento y expresión se transforma, durante las campañas electorales, en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores.¹⁵⁶

En este sentido, esos candidatos requieren, para lograr sus objetivos, de un contexto libre de censura y de restricciones indebidas a la expresión de las ideas y de la propaganda política, buscándose con ello la vinculación, amplia e informada, del candidato con los electores. En opinión de Lauga, la campaña electoral puede observarse, desde un punto de vista jurídico, como un régimen especial de libertades y garantías, válido durante el plazo positivamente ordenado para la campaña electoral. Marco en el que puede restringirse la libertad de celebrar reuniones públicas a determinados horarios y lugares o exigirse un permiso previo para su realización.¹⁵⁷ Por ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se pone especial atención en la regulación de las campañas electorales,¹⁵⁸ tanto en el nivel constitucional como en el legal o el reglamentario. Así, los aspectos que condicionan el desarrollo de la campaña electoral (financiación, duración, actividades, propaganda electoral, prohibiciones, etc.) se encuentran preferentemente establecidos en una legislación especializada.

La Corte Interamericana, sabedora de la importancia de la libertad de pensamiento y expresión en los procesos electorales, se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

¹⁵⁵ Según afirma Böckenförde, la información y comunicación dentro de la sociedad resulta clave para la viabilidad real de la democracia, ya que “Solo una información abierta sobre hechos, propuestas y programas, un intercambio de perspectivas y opiniones en la discusión pública pone también a los ciudadanos en situación de ejercer y hacer efectivo el derecho de determinación política que la democracia les atribuye”, aseverando que “Con una información bloqueada, o sin una opinión pública, no puede existir la democracia”, BÖCKENFÖRDE, Ernst W., op. cit., p. 107.

¹⁵⁶ Cfr. CorteIDH, Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985, párr. 88.

¹⁵⁷ Cfr. LAUGA, Martín, “La campaña electoral: publicidad/propaganda, periodo, prohibiciones”, en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (comps.), op. cit., p. 427. Ya aquí se manifiesta una clara vinculación existente entre dos derechos políticos, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación en las calles y espacios públicos. Sobre ello se volverá más adelante, pero bien puede decirse que la libertad de expresión está contenida en el derecho de reunión y manifestación.

¹⁵⁸ Al respecto, véase SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, prólogo de Paloma Biglino Campos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 314 y ss.

“[...] en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”.¹⁵⁹

De lo anterior, me permito resaltar dos pautas que, entiendo, tienen mayor incidencia con los candidatos: la libertad de pensamiento y expresión como «bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral», y como «fortalecimiento de la contienda política entre los distintos candidatos y partidos». Respecto de la primera, es evidente que quienes acuden e interactúan en toda contienda electoral, sean los candidatos de forma individual o, bien, las organizaciones o asociaciones políticas que los impulsan, requieren que la libertad de expresar y difundir su ideario político no se vea impedida por la censura previa u obstáculos de cualquier tipo, por supuesto, siempre que no hagan uso de discursos contrarios a los principios constitucionales (uso de la violencia, discurso del odio o fundamentalismo religioso, por mencionar los más visibles) o de los señalados en la prohibición convencional ya citada (art. 13.5 CADH).

Con lo anterior no se pretende afirmar que el debate político sea exclusivo de los participantes en una contienda electoral, antes bien, es una cuestión de todo aquel que se encuentra interesado en debatir y dialogar sobre los asuntos de interés público. Así, el debate durante el proceso electoral es un tópico privilegiado donde concurren de forma abierta y plural, por igual, las ideas y opiniones de los candidatos y la sociedad. De nueva cuenta, para reafirmar este punto, es importante destacar aquí las consideraciones del tribunal citado:

“[...] El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ SCorteIDH, *Ricardo Canese vs. Uruguay* (fondo, reparaciones y costas), de 31 de agosto de 2004, párr. 88.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 90.

2. Derecho de reunión y manifestación

En cierto sentido, el alcance del derecho fundamental de reunión y manifestación, comparado con el derecho de sufragio pasivo, es más amplio. Mientras el segundo netamente ejecuta o irradia sus efectos en los ámbitos electoral y parlamentario, el primero exige aplicación en estos contextos y también fuera de ellos. Retomando lo expresado en líneas anteriores, según Schmitt,¹⁶¹ el derecho de reunión y manifestación encontraría cabida en la esfera de libertad de la persona. En efecto, las libertades de reunirse y manifestarse en principio no estarían vinculadas a la condición de ciudadanía (como sí lo está el derecho de sufragio pasivo).¹⁶² Por otra parte, no obstante su carácter individual, estas libertades se caracterizan o toman sentido en el ámbito de la interacción social, en la comunidad, es decir, las personas tienen la necesidad de reunirse con «otros» y de manifestarse frente a los «demás».

El derecho de reunión y manifestación, desde la perspectiva del procedimiento electoral, puede tomar forma antes, durante o después de la celebración de competiciones electorales. Lo hará *antes*, principalmente, como el vehículo transitorio que tienen las personas de organizarse en la búsqueda de un objetivo o fin común y para transmitir mensajes particulares a los miembros de la comunidad sobre alguna cuestión de los asuntos públicos. En este sentido, la libertad que tienen las personas de reunirse toca al derecho de sufragio pasivo cuando estas dirigen sus esfuerzos a impulsar en términos generales determinado proyecto político y en particular a personas específicas que estiman que pueden llevarlo a cabo, a través de los cargos públicos representativos. Lo hará *durante* la celebración de competiciones electorales en todos los actos públicos y privados de campaña electoral, conforme con la normativa electoral vigente, encaminados al contacto o el acercamiento del proyecto político y las personas que lo representan, a la comunidad. Ahora bien, tomará forma *después* de las elecciones en tanto este último no es el espacio único y exclusivo donde despliega sus efectos este

¹⁶¹ Cfr. SCHMITT, Carl, op. cit., pp. 225-231.

¹⁶² Aunque, como nos recuerda Torres Muro, todavía siguen existiendo en algunas normas constitucionales la excepción de los extranjeros al reconocerse el derecho de reunión y manifestación. Son sujetos que no pueden ejercerlo, por ejemplo en Alemania, Austria y Mónaco, al estar reservado su ejercicio, respectivamente, a los nacionales de esos Estados (de los ejemplos dados por dicho autor, se ha omitido el caso de Finlandia, debido a que la Constitución de 1919 manejada por él, ya no está vigente; ahora con la vigente Constitución de 2000 dicho derecho se reconoce, en el artículo 13, a “todas las personas”, lo que incluiría, por supuesto, a los extranjeros), TORRES MURO, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación*, op. cit., p. 61.

derecho, pero bien puede decirse, siguiendo la secuencia lógica de las etapas del procedimiento electoral, que son herramientas útiles e indispensables para repudiar o inconformarse ante flagrantes irregularidades en los comicios o lo que comúnmente viene a señalarse como fraude electoral. Por ello, el derecho de reunión y manifestación se vuelve básico e indispensable para la organización colectiva alrededor de fines comunes. Es otro pilar sobre el que se sostiene la estructura democrática. Aquí no hay que olvidar que en las actuales sociedades resulta poco probable, quizás impensable, que el esfuerzo individual, el de un solo hombre o el de una sola mujer, baste por sí solo y sea suficiente para enfrentarse a procesos sociales complejos, como lo son las elecciones.¹⁶³

La *Declaración Americana* recoge el derecho de reunión en su artículo XXI, del cual se infiere primigeniamente la posibilidad de que los individuos pueden reunirse y manifestarse en la calle o las plazas públicas.¹⁶⁴ No obstante lo parco o breve de la redacción de este artículo, ya se alcanza a percibir con cierta enjundia los elementos básicos que la doctrina desarrolla como característicos de este derecho.¹⁶⁵ Primero, la presencia de una agrupación de personas; segundo, el carácter pacífico de las reuniones; tercero, la transitoriedad en la duración de estas; y, cuarto, la existencia de un fin, objetivo o interés común en torno al cual las personas se reúnen.

Por su parte, la *Convención Americana* reconoce el derecho de reunión en el artículo 15, estableciendo la condición básica e indispensable para que pueda ejercerse, esto es, que la reunión sea pacífica y sin armas.¹⁶⁶ En efecto, el derecho de reunión viene a caracterizarse principalmente por su carácter pacífico, por ello como contraposición se establecen varias salvaguardias, una especie de muro de contención

¹⁶³ En sentido similar, pero afirmación proveniente desde el terreno de las organizaciones políticas, Blanco Valdés, al referirse a las principales esferas o funciones donde los partidos políticos concretan su actuación, dirá que “La ausencia de todo poder *real* de los ciudadanos aisladamente considerados, es decir, la imposibilidad de cualquier cuerpo social atomizado para actuar como sujeto políticamente relevante, lo que, obviamente, coloca a los partidos políticos como fundamental estructura de construcción de la sociedad civil”, BLANCO VALDÉS, Roberto L., op. cit., p. 78.

¹⁶⁴ Dicho artículo de la Declaración Americana establece que “Toda persona tiene el derecho a reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”.

¹⁶⁵ Véanse, entre otros, TORRES MURO, Ignacio, op. cit., pp. 23 y ss., y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 30-36.

¹⁶⁶ El artículo 15 de la Convención Americana dispone que “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”

ante posibles abusos en su ejercicio, sin que tampoco puedan establecer límites o restricciones a este derecho más allá de las necesarias en una sociedad democrática.¹⁶⁷

En los instrumentos americanos citados, al igual que sucede con los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos (Declaración Universal y el CEDH) y en las Constituciones nacionales (por ejemplo, el art. 21 de la Constitución española), no puede encontrarse una delimitación precisa del concepto de reunión: lo presuponen.¹⁶⁸ Esto, en el caso de las Constituciones, no tendría mayores inconvenientes, pues el método constitucional lo resolvería trasladando su concreción conceptual –para los efectos del ejercicio de dicho derecho– a la ley que desarrolle el derecho fundamental en cuestión.¹⁶⁹ Pero, en el caso de la Convención Americana, la concreción o precisión de lo que puede entenderse por «reunión», se traslada al intérprete, y mientras no haya un pronunciamiento en la casuística jurisprudencial difícilmente sus contornos estarán definidos en el ámbito regional de los derechos humanos, volviéndose un concepto amplio y abierto, dependiente del contexto y momento histórico, y de las exigencias del caso en cuestión.

Los elementos esenciales que regularmente se atribuyen al concepto de reunión son: agrupación de personas; la existencia de un mínimo de organización; la discontinuidad o carácter temporal de la reunión (diferencia sustancial con las asociaciones); tiene unos fines ciertos; y, su carácter instrumental.¹⁷⁰ El primero se refiere a la congregación de determinado número de personas que se consideran indispensables –o bien, se establezca en la ley–, mismo que es variable, dependiendo de la realidad constitucional de que se trate. Lo que viene a mostrar el «fuerte componente social» de este derecho, “hasta el punto de que no puede hablarse de un derecho a reunirse consigo mismo [...]”.¹⁷¹ El segundo pretende excluir otro tipo de situaciones fácticas que pueden quedar bajo el resguardo de estos elementos, como las aglomeraciones, exigiéndose por tanto la presencia de un mínimo de organización, que

¹⁶⁷ Véase la nota 153.

¹⁶⁸ Véase la STC 85/1988, de 28 de abril de 1998, fundamento jurídico 2º. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., p. 29. Aunque, por otra parte, no es una situación privativa de este derecho, ya que “[...] como es normal en los textos constitucionales, no contiene un concepto o definición del derecho que reconoce”, según precisa Lucas Murillo de la Cueva al referirse al concepto de asociación, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El derecho de asociación*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 88 y s.

¹⁶⁹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., p. 29.

¹⁷⁰ STC 85/1988, de 28 de abril de 1998, fundamento jurídico 2º. Asimismo, TORRES MURO, Ignacio, op. cit., pp. 23 y ss. y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., pp. 30-36.

¹⁷¹ TORRES MURO, Ignacio, op. cit., pp. 23-24.

se traduce en que las reuniones son concertadas (hay voluntad previa) y puede advertirse en ellas una vinculación subjetiva entre los participantes. El tercero, y quizás sea el que otorga mayor especificidad al concepto, es que las reuniones deben ser momentáneas o transitorias, quedando excluida su celebración por tiempo indefinido o el que tengan vocación de permanencia. El cuarto, es la presencia de una finalidad concreta que justificaría la reunión, por supuesto, entendiéndose que deben ser fines lícitos. Ese fin es el que definirá, en gran medida, la forma de expresión social que adopte la reunión, como pueden ser las manifestaciones (o marchas), los desfiles, los mítines, las procesiones, las asambleas, los congresos, etcétera. Por último, el quinto elemento se entiende en el sentido de que “Los ciudadanos no se juntan por el simple placer de reunirse, sino que este derecho es el instrumento para el cumplimiento de otros fines, tales como el intercambio de ideas o intereses y la expresión de determinadas opiniones”.¹⁷² Lo que parece darle a las reuniones un carácter más dinámico que estático, a pesar de su ya referida transitoriedad. A ellos podría añadirse un sexto, el carácter pacífico de las reuniones, esto es, la reunión en el contexto internacional es que debe ser «una reunión pacífica y sin armas», única susceptible de protección convencional, según los instrumentos interamericanos ya citados.

En términos generales, lo que busca este derecho es que las distintas formas de reunirse y manifestarse de los individuos en la sociedad no se vean perturbadas en su desarrollo, hasta el término del evento respectivo. Por ejemplo, en el **Caso Baena Ricardo y otros**,¹⁷³ donde se alegaba la violación del derecho de reunión de una agrupación de trabajadores estatales, no obstante que la Corte Interamericana no desarrolla el contenido de este derecho, se alcanzan a percibir algunos elementos de la operación de este derecho: “[...] la marcha efectuada el día 4 de diciembre de 1990, expresión clara del derecho en estudio, no sólo no fue prohibida o perturbada de manera alguna, sino que diversos testimonios recabados por el Tribunal acreditan incluso que fue acompañada y su normal desarrollo asegurado por agentes de la fuerza pública”.¹⁷⁴ Es decir, empezando por el final de la frase, el normal desarrollo de la marcha, que es la figura social que adopta el derecho de reunión en este caso, implica su aseguramiento por el Estado, obligaciones positivas que debe cumplir, lo que en principio evitaría o

¹⁷² *Ibíd.*, p. 27.

¹⁷³ SCorteIDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Fondo, reparaciones y costas), de 2 de febrero de 2001.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 149.

disuadiría eventuales perturbaciones al ejercicio de este derecho, por parte de actores externos o ajenos a la marcha. Por otra parte, al decir que “no fue prohibida” puede entenderse en el sentido común de que el Estado tiene una facultad limitada para ello, y la mayor perturbación o amenaza que puede recibir el ejercicio del derecho de reunión es, precisamente, que la celebración de cualquiera de las formas que adopte el derecho de reunión sea prohibida directamente por las autoridades estatales.

Generalmente las reuniones electorales se encuentran reguladas por una legislación específica. Al tener el carácter de actos públicos de campaña electoral, en ocasiones, a las autoridades estatales se les indican mayores atribuciones y obligaciones de protección de las reuniones y manifestaciones de los electores y elegibles en esos momentos de especial interés para la ciudadanía.

Mención especial merece la situación de privilegio, de «especial protección», que con frecuencia las leyes reguladoras del ejercicio del derecho de reunión otorga a las reuniones de los partidos políticos relativas a sus actividades propias, en cumplimiento de sus fines.¹⁷⁵ Ya que, por un lado, se protege con particular interés la libertad de los partidos políticos para celebrar las reuniones de sus miembros en cualquier momento y lugar, y por el otro, en el caso de la aplicación de algún supuesto para la declaración de estados de emergencia o excepción, con la consecuente suspensión del ejercicio de ciertos derechos (siendo susceptible el derecho de reunión), las reuniones de los partidos políticos se exceptúan de ser prohibidas, disueltas o sometidas a autorización previa. Por lo que, en realidad, cuando se habla de la suspensión en estados de emergencia del derecho de reunión, no se están abarcando todos los supuestos de su ejercicio, siendo resistente el derecho que tienen los partidos políticos de celebrar sus reuniones, siempre que estén vinculadas a las actividades propias relativas a sus fines.

Por su parte, el derecho de reunión y manifestación mantiene estrecha relación con el derecho de asociación. De hecho, los tribunales nacionales¹⁷⁶ al interpretar estos derechos en muchas ocasiones acuden al cruzamiento de sus contenidos, obviamente el contraste que realizan es para perfilar espacios diferenciados y autónomos, pues en todo caso no tendría sentido su separación normativa y teórica, pero no obstante lo anterior, esta operación, al final, denota su cercanía y complementariedad. La Corte

¹⁷⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., pp. 76-77.

¹⁷⁶ STC 85/1988, de 28 de abril de 1998, fundamento jurídico 2°.

Interamericana, en el **Caso Escher y otros**¹⁷⁷ (del que se hablará con mayor detalle cuando se vea el derecho de asociación), al distinguir entre los derechos de reunión y asociación reconocidos en la Convención Americana, señaló que “[a] diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención”.¹⁷⁸

El derecho de reunión y manifestación visto en un esquema progresivo y secuencial recibe antes, previamente, del derecho de libertad de expresión la base de su contenido, mientras ellos forman, a su vez, el contenido inicial del derecho de asociación.¹⁷⁹ En esta cadena, en el siguiente eslabón se ubicaría el derecho de sufragio pasivo.

3. Derecho de asociación política

El derecho fundamental de asociación, de la misma manera que el derecho de reunión y manifestación visto previamente, contiene un *ámbito de aplicación más extenso* en comparación con el derecho de sufragio pasivo.¹⁸⁰ El derecho de asociación no se encuentra limitado a los propósitos o fines de la representación política, aunque de suyo sea un terreno de suma trascendencia, sino que la libertad del individuo de asociarse con sus semejantes no encuentra más límites que los estrictamente indispensables con la legalidad y legitimidad de los fines perseguidos con esa

¹⁷⁷ SCorteIDH, *Escher y otros vs. Brasil* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de julio de 2009.

¹⁷⁸ *Ibidem*, párr. 169.

¹⁷⁹ Según entiende Patiño Camarena, “[...] aun cuando los derechos de reunión y asociación son diferentes, puede decirse que se hallan íntimamente ligados toda vez que en el derecho de reunión se encuentra el embrión del derecho de asociación”, PATIÑO CAMARENA, Javier, *Nuevo derecho electoral mexicano 2006*, 8a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 204.

¹⁸⁰ Sobre el extenso ámbito del derecho de asociación, entre otros, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, op. cit. Así como de las distintas facetas (positiva y negativa) y dimensiones (individual y colectiva) del derecho de asociación, GÓMEZ MONTORO, Ángel J., *Asociación, Constitución, ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2004; quien destaca los elementos indispensables en la definición del derecho de asociación: unión de personas, voluntariedad, estabilidad (vínculo organizativo estable) y fin común. Por lo que para el citado autor, “[...] por asociación cabe entender toda agrupación de dos o más personas, de carácter voluntario y estable, para la consecución de determinados fines autónomos”, *ibídem*, p. 92.

agrupación de individuos. En este sentido, el derecho de asociación puede adoptar *distintas formas jurídicas*, las cuales tendrían en principio un régimen jurídico específico y propio,¹⁸¹ como puede ser el de los sindicatos, los partidos políticos o las asociaciones científicas, religiosas, culturales o profesionales.¹⁸²

También, junto a la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación se presenta como una libertad básica e indispensable para el desarrollo integral de los individuos en el *ámbito político*. Estos derechos, sin duda, son los soportes de la democracia y, a su vez, se convierten en los principales instrumentos para su funcionamiento. Principalmente por estas razones, al cumplir con una función específica en el desarrollo del sistema democrático, la doctrina afirma la estrecha y lógica conexión entre ellos, agrupándolos en la misma categoría – no obstante la presencia de condiciones particulares que los harían comportarse de forma distinta– junto a los derechos de cuño democrático directo.

Indudablemente el derecho de asociación política con fines o propósitos electorales encuentra su escenificación en los *partidos políticos*. No falta decir demasiadas cosas sobre su importancia en la vida política de las naciones, desde hace bastante tiempo los partidos políticos se han erigido en los protagonistas absolutos del sistema democrático.¹⁸³ Y como bien se sabe, estos desempeñan el papel de aglutinadores de los intereses de los distintos sectores de la sociedad, agrupando y uniendo los esfuerzos individuales.

En Latinoamérica resulta notoria la relevancia de los partidos políticos en la conformación actual de los sistemas democráticos adoptados por las naciones de la región. Asimismo, el crecimiento de la legislación específica o especializada respecto de este tipo de peculiares asociaciones (entre públicas y privadas)¹⁸⁴ resulta sintomático,

¹⁸¹ Según Patiño Camarena, “[...] el ejercicio del derecho de asociación da lugar a la configuración de una entidad distinta de los individuos que la conforman, organización que cuenta con personalidad jurídica propia y persigue fines más o menos permanentes”, PATIÑO CAMARENA, Javier, op. cit., p. 204.

¹⁸² Sobre la «pluralidad de figuras asociativas» que cabe entender contempladas en el marco constitucional, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, op. cit., pp. 84 y ss.

¹⁸³ Particularmente interesante es el diagnóstico político de principios del siglo XX que presenta OSTROGORSKI, Mosei [1912], *La democracia y los partidos políticos*, traducción de Antonio Lastra y Andrés Alonso Martos, Madrid, Trotta, 2008, siendo los partidos políticos el centro donde gravita la fortuna y, en áspera dialéctica, el ocaso de la democracia representativa. En palabras de Lasagabaster, los partidos políticos “constituyen el nervio central de las democracias modernas”, LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Derecho de manifestación, representación política y juez penal (En torno a algunos autos del juez Garzón)*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2003, p. 53.

¹⁸⁴ La teoría política utiliza un término espacial y sumamente gráfico para ubicar a los partidos políticos en el sistema social, que es el de «sociedades intermedias», entre el individuo y el Estado, véase

por un lado, de su función en el ordenamiento y, por el otro, del interés de la sociedad de sujetar la actuación de los partidos públicos a reglas más claras y estrictas en el ámbito interno de su vida como organización política.¹⁸⁵

Desde la teoría política, Sartori entiende que los partidos políticos cumplen dos funciones básicas en el sistema político, lo que respondería a la pregunta inicial de *¿para qué son los partidos políticos?*¹⁸⁶ Bueno, pues dirá que los partidos políticos cumplen esencialmente, por un lado, una *función representativa* y, por el otro, una *función expresiva*. Aunque de estas dos funciones, esta última –según dicho autor– sería su función principal y calificadora. En este sentido, dirá que los partidos políticos “son instrumentos expresivos”, una “correa de transmisión”, por tanto, no puede verse exclusivamente como una función de transmitir información (y hacia arriba) sino que “Transmiten unas exigencias *respaldadas por una presión*. El partido respalda con su propio peso las exigencias que se siente obligado a responder”.¹⁸⁷ Es decir, hay un fenómeno de traducción, de selección consciente.

También los partidos políticos son el principal síntoma del *pluralismo político* de la sociedad. Según Bobbio, “[...] lo contrario del pluralismo es el totalitarismo [...]”.¹⁸⁸ En la raíz del pluralismo se encuentra la *semilla de la diversidad*. Fundamentalmente en la diversidad individual, pero en el ámbito político esto se traduce en la diversidad de ideas, pensamientos y posturas ante la discusión o simplemente en el entendimiento de los asuntos públicos. Por ello, el pluralismo requiere de respeto y tolerancia hacia el otro, hacia quien piensa distinto, diferente, en último término a quien lo hace de forma opuesta. Esto evitaría en principio la persecución o erradicación por métodos legales y extralegales (violentos) de los

BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2003, en específico “El pluralismo de los antiguos y el de los modernos” (Capítulo VI.I), pp. 347 y ss.

¹⁸⁵ La situación común en los países de la región era la regulación de los partidos políticos de forma unitaria en la misma ley o código electoral, sin embargo, ante la insuficiencia de la legislación electoral para abordar con detalle el régimen legal al que deben sujetarse los partidos políticos, esto ha cambiado hacia la existencia dual de las leyes electorales y las leyes de partidos políticos. Uno de los cambios más recientes en este sentido ha sido el caso mexicano, siendo publicada la *Ley General de Partidos Políticos* el 23 de mayo de 2014.

¹⁸⁶ SARTORI, Giovanni [1976], *Partidos y sistemas de partidos. Marco para un análisis*, 2a. ed., traducción de Fernando Santos Fonsela, Madrid, Alianza, 2005, pp. 64 y ss.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁸⁸ Cfr. BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 361.

oposidores políticos, o la exclusión de ciertas ideologías políticas de las contiendas electorales.¹⁸⁹

De las funciones que pueden desempeñar los partidos políticos,¹⁹⁰ las asignadas constitucionalmente son a las que se reconducen todas las demás. Por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución española establece que «expresan el pluralismo político», «concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular» y «son instrumento fundamental para la participación política». En efecto, las actuales Constituciones, en ocasiones de manera expresa y otras de forma implícita, marcan o establecen las *funciones primordiales* que les corresponde desempeñar a los partidos políticos.

Por ello, en mi concepto, la conexión entre el derecho de sufragio pasivo y el derecho de asociación política se vuelve más visible en el control estatal sobre las actividades de los partidos políticos y que, en casos graves, ha derivado en medidas como la ilegalización o disolución de partidos políticos.¹⁹¹ Dada la importancia de los partidos políticos en el sistema actual de democracia representativa, siendo “necesarios en la democracia”,¹⁹² cabría preguntarse si los efectos de la disolución de un partido político pueden afectar el acceso a los cargos de elección popular, todavía más en los modelos donde el monopolio de las candidaturas lo conservan efectivamente los partidos políticos.

¹⁸⁹ Una de las principales problemáticas todavía presentes en Latinoamérica es la persecución y erradicación violenta de opositores políticos, tema que también ha sido debatido en la jurisdicción interamericana y que será tema de análisis más adelante (Cap. III).

¹⁹⁰ Véase, entre otros, BLANCO VALDÉS, Roberto L., op. cit. pp. 73 y ss., en específico p. 78 y BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos: comentario sobre la idea de representación política en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, núm. 21, 1987, pp. 199-228.

¹⁹¹ Cabe aclarar que mientras en el ámbito europeo, tanto en la jurisdicción del TEDH como en algunos sistemas nacionales (principalmente el turco y el español), se ha venido consolidando una doctrina al respecto, en el sistema interamericano no existen antecedentes sobre el tema. Esto, por supuesto, tiene explicación lógica según los sujetos legitimados para instaurar demandas de violaciones de derechos humanos, mientras el Convenio Europeo las admite por la violación a los derechos de las personas jurídicas (entre las que se incluyen los partidos políticos, como forma específica de asociación), la Convención Americana no contempla este extremo (artículos 1 y 44 CADH). Por otra parte, la discusión en torno a la disolución de partidos políticos es amplia y ha motivado su análisis detallado, entre otros, CORCUERA ATIENZA, Javier, TAJADURA Tejada, Javier y VÍRGALA FORURIA, Eduardo, *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Dykinson, 2008 y PÉREZ-MONEO, Miguel, *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, prólogo de Javier García Roca, Valladolid, Lex Nova, 2007.

¹⁹² **Caso Ríos Brito**, CIDH, Resolución 26/88, caso 10109, Argentina, de 13 de septiembre de 1988, conclusión 10.

Parto de la base de que la disolución de partidos políticos tiene como límites la libertad de asociación y el pluralismo,¹⁹³ y de que el ejercicio del derecho de asociación política expresado en los partidos políticos debe ejercerse dentro de sus límites,¹⁹⁴ en este sentido, son los partidos, de naturaleza asociativa, quienes en última instancia están defendiendo su derecho de participar en las contiendas electorales y ejercer su facultad de postular a los candidatos que así crean convenientes, conforme con sus reglamentos internos y cumpliendo con los requisitos legales previos. La libertad de asociación, según la jurisprudencia del TEDH respecto de los partidos políticos, comprende dos momentos principales: (1) el derecho a fundar un partido político y, (2) su derecho a desarrollar libremente las actividades políticas que considere oportunas.¹⁹⁵

Con lo que se presenta una conexión fuerte del derecho de asociación con el derecho de sufragio pasivo. Todo sujeto con capacidad electoral pasiva, el elegible, tiene *abierta la posibilidad de asociarse* con sus semejantes y *fundar* un partido político, con la mira puesta en la postulación de sus integrantes como candidatos en las competiciones electorales. Obviamente la distancia que hay entre la creación jurídica de esa asociación política y el momento de poder registrar candidatos ante la autoridad electoral, es demasiado larga y tienen que cumplirse múltiples condicionantes jurídicas y sociales. Pero tal como está diseñado el sistema de democracia representativa, el derecho de asociación cumple una función primordial para el derecho de sufragio pasivo. En este sentido, el derecho de asociación política se materializa, en un primer momento, en la libre creación de organizaciones políticas, sean sociedades, agrupaciones o partidos. En un segundo momento, y quizás la que mejor representa la interacción existente entre los derechos de sufragio pasivo y de asociación política, se encuentra la selección interna de los candidatos electorales.¹⁹⁶

En este sentido, la trascendencia de los partidos políticos –como ya fue señalado, en la conceptualización del derecho de sufragio pasivo– al hacer uso de la facultad

¹⁹³ EGUIGUREN PRAELI, José F., BUSTOS GISBERT, Rafael y TORRES MURO, Ignacio, “Las libertades de pensamiento, información, y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), op. cit., p. 212.

¹⁹⁴ La distinción es bien sintetizada por PÉREZ-MONEO, Miguel, “Límites al ejercicio del derecho de creación de partidos políticos: ¿respeto España la jurisprudencia europea?”, en QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (coord.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2013, p. 259, “En una sociedad democrática no se castigan formas de pensar, ser u opinar, sino actos u omisiones dañosas o lesivas de los derechos de los demás”.

¹⁹⁵ EGUIGUREN PRAELI, José F., BUSTOS GISBERT, Rafael y TORRES MURO, Ignacio, op. cit., p. 212.

¹⁹⁶ Sobre la cuestión, véase PÉREZ-MONEO, Miguel, *La selección de candidatos electorales en los partidos*, prólogo de Javier García Roca, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

otorgada por las normas de presentar e inscribir ante la autoridad electoral las candidaturas de las personas que previamente aquellos seleccionaron conforme a sus procedimientos o mecanismos internos, se muestra con mayor énfasis. En efecto, la *selección de los candidatos electorales* en el ámbito interno de los partidos políticos tiene una relevancia insoslayable para el acceso de los ciudadanos a los cargos de elección popular.

En el procedimiento electoral, la fase de postulación de los candidatos electorales tiene significativa importancia. Es en esta etapa donde, después de finalizados los procesos internos de selección de los candidatos electorales en el caso de los partidos políticos (dándose por sentada la existencia de algún tipo de mecanismo o método interno de selección),¹⁹⁷ dichos institutos deciden participar en la contienda electoral con determinados candidatos, con el propósito de que sean elegidos por la comunidad como sus representantes, en cargos públicos específicos. Entonces, siguiendo lo anterior, la postulación propiamente es la formalización de la candidatura electoral ante el órgano electoral competente, quien tiene la facultad para registrar y proclamar los candidatos que cumplan con los requisitos que impone la ley.¹⁹⁸

En la mayoría de las legislaciones electorales precisamente esa formalización de la candidatura electoral, la postulación, se deja exclusivamente en manos de los partidos políticos, con lo cual ningún otro tipo de organización política o los ciudadanos de forma individual están legitimados para registrar o postular candidatos ante la autoridad electoral.¹⁹⁹ Durante largo tiempo tal situación fáctica y normativa fue vista con naturalidad y normalidad a causa del papel desempeñado por los partidos políticos, como institutos necesarios para el funcionamiento del sistema democrático. Sin embargo, en tiempos más recientes, ante la nula posibilidad de ciertos sectores de la población de acceder o de poder participar con sus propios candidatos en una contienda electoral, comenzó a cuestionarse el monopolio de los partidos políticos en la postulación de candidatos a cargos populares, donde se alcanzaba a percibir, por otro lado, cierta limitación o restricción indebida en el ejercicio del derecho de sufragio

¹⁹⁷ Sobre la exigencia de democracia interna en los partidos políticos y sus consecuencias en los procesos de selección de los candidatos electorales, ibídem, pp. 89 y ss.

¹⁹⁸ Cfr. CARRERAS, Francesc de y VALLÉS, Josep M., op. cit., p. 57.

¹⁹⁹ Puede observarse esta sintonía en el sistema electoral español. Según Pérez-Moneo, “el individuo tiene vedado el acceso a la competición electoral en solitario” y “debe necesariamente incluirse en las listas electorales que presente uno de los sujetos legitimados para ello, partidos y federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores”, PÉREZ-MONEO, Miguel, *La selección de candidatos electorales en los partidos*, op. cit., p. 166.

pasivo. Las denominadas candidaturas independientes se presentaron como una posible respuesta a dicha problemática.²⁰⁰

En opinión de Carreras y Vallés, los motivos de los requisitos legales que tienen que cubrir los candidatos principalmente tienen dos fundamentos: “impedir la presentación de candidatos poco serios y manifestar la mayor información oficial posible a los demás candidatos y al cuerpo electoral para que sepa a qué atenerse con unos días de antelación”.²⁰¹

En el sistema interamericano de derechos humanos, el artículo XXII de la Declaración Americana reconoce el derecho de asociación con fines legítimos de cualquier orden.²⁰² En tanto que la Convención Americana lo establece de una forma más completa y compleja en el artículo 16, al prescribir lo siguiente:

“1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

En el **Caso Escher y otros**, la Corte Interamericana indicará que la libertad de asociación “[...] se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos”.²⁰³

La discusión de este caso tuvo origen en la interceptación y grabación ilegales, así como de su divulgación, que hiciera la policía militar brasileña de las conversaciones telefónicas de varios miembros de dos asociaciones campesinas, en la entidad federativa del Paraná. Se alegaba que esas asociaciones se encontraban vinculadas a actividades de

²⁰⁰ Véase la nota 735.

²⁰¹ CARRERAS, Francesc de y VALLÉS, Josep M., op. cit., p. 58.

²⁰² Dicho artículo establece que “Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden”.

²⁰³ SCorteIDH, *Escher y otros vs. Brasil* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de julio de 2009, párr. 169.

defensa de la propiedad de la tierra y con algunos movimientos sociales de ocupación de tierras, y con el pretexto o disfrazado de un objetivo legítimo (la investigación del homicidio de uno de los miembros de las asociaciones y el posible desvío de recursos de programas estatales a fines ilícitos) las autoridades policiales brasileñas habían decidido monitorear a sus miembros y directivos. Las conductas y acciones policiales emprendidas (que la Corte Interamericana estimará no cumplían con los requisitos legales), en los hechos, concluirá la Corte Interamericana “[...] causaron temor, conflictos y afectaciones a la imagen y credibilidad de las entidades. De tal manera, alteraron el libre y normal ejercicio del derecho de asociación de los miembros ya mencionados de COANA y ADECON, implicando una interferencia contraria a la Convención Americana”.²⁰⁴ Con lo que parece indicar que la esfera externa de las asociaciones también debe ser protegida por los Estados, o que el derecho de asociación reconocido en la CADH incluye la protección de su imagen de cara a la sociedad.

Por otra parte, al admitir el artículo 16.2 CADH restricciones al ejercicio del derecho de asociación y la Corte Interamericana al enfrentarse a un caso donde se había perfilado la utilización por el Estado brasileño de un fin legítimo para intervenir las comunicaciones de los miembros de las asociaciones afectadas, esta señalará en términos abstractos que “[...] el sistema establecido por la Convención resulta equilibrado e idóneo para armonizar el ejercicio del derecho de asociación con la necesidad de prevenir e investigar eventuales conductas que el derecho interno califica como delictivas”.²⁰⁵

A. A modo de conclusión

Para finalizar las consideraciones que hasta el momento se han realizado de los tres últimos derechos (reunión, manifestación y asociación política con fines políticos), es indispensable dejar marcado el rango o grado distinto en el que se ubican en el sistema interno de la Convención Americana respecto de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23, donde precisamente tiene cabida el derecho de sufragio pasivo. Doctrinalmente, algún autor ha defendido una especie de unidad de los derechos

²⁰⁴ Ibídem, párr. 180.

²⁰⁵ Ibídem, párr. 173.

políticos,²⁰⁶ sin embargo, la propia Convención Americana parece indicar que esa unidad quedaría inservible cuando se trata de la suspensión de ciertos derechos y sus garantías judiciales en los estados de emergencia. Es decir, mientras la Convención Americana toleraría la suspensión de los derechos de reunión, manifestación y asociación en todos los ámbitos que tocan, incluido el político,²⁰⁷ el derecho de sufragio pasivo no es susceptible de suspensión en ningún caso (al igual que el resto de derechos reconocidos en el artículo 23), lo que llevaría inevitablemente a distinguir entre los derechos políticos que son susceptibles de suspensión en casos específicos y aquellos otros que son resistentes a esas posibilidades de suspensión. Llevando esto, por su parte, a cuestionar la conveniencia del régimen establecido en la CADH, pues como hemos visto el funcionamiento del derecho de sufragio pasivo requiere del soporte del resto de derechos políticos, principalmente del ejercicio de las libertades previas al proceso electoral.

4. *Sufragio activo*

Por último, para cerrar este capítulo primero, queda por abordar la relación existente con el derecho de sufragio activo o derecho de voto.²⁰⁸ Y precisamente se ha propuesto su análisis a estas alturas porque de alguna forma es el derecho fundamental con el que mayor cercanía establece. En la mecánica de la representación democrática, ambos se condicionan y el uno no existiría sin el otro.²⁰⁹ En la relación entre estos

²⁰⁶ AMAYA, Jorge Alejandro, “El «sistema unitario» de derechos y valores políticos en la democracia: (reflexiones en torno a una teoría sobre los derechos de las minorías políticas en la democracia moderna)”, en PÉREZ ROYO, Javier, URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín P. y CARRASCO DURÁN, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, t. II, pp. 5076 y ss.

²⁰⁷ Teniendo como principal consecuencia la posibilidad de que las autoridades estatales puedan someter a autorización previa, disolver o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones.

²⁰⁸ Para Presno Linera esta relación quedaría bajo el resguardo del derecho fundamental de la participación política, de hecho, de una forma funcional, las modalidades de sufragio son instrumentos para el ejercicio de aquel derecho, PRESNO LINERA, Miguel Á., *El derecho de voto*, op. cit., pp. 105 y ss. Sobre su configuración básica desde la perspectiva inglesa, BLACKBURN, Robert, “The Right to Vote”, en BLACKBURN, Robert (ed.), *Rights of Citizenship*, London, Mansell, 1993, pp. 75-98.

²⁰⁹ En este sentido, es bien sabido que el derecho de voto también puede adoptar una específica condición en órganos colegiados públicos y privados como instrumento indispensable para que los miembros que los integran puedan llegar al establecimiento de los acuerdos necesarios. Esto es, como fórmula para adoptar decisiones consensuadas. Pero es un esquema totalmente distinto del que ahora se está hablando. Por lo que solo quiere llamarse la atención sobre otros espacios públicos y privados donde aparece bien visible la presencia del voto como mecanismo básico de toma de decisiones. Por ello es que el término

derechos o, dicho de otra forma, en la relación entre electores y elegidos,²¹⁰ se encuentra la base de la representación democrática. De hecho, puede llegarse a decir que vínculo más cercano entre derechos no hay en el sistema de los derechos fundamentales.²¹¹ Más que complementarse, son indisolubles en la práctica (por la función jurídica y social que el ordenamiento jurídico establece para ellos). De ahí la constante imagen utilizada por los pensadores jurídicos y políticos de la medalla o moneda democrática, dos caras de un mismo material que resguardan la esencia mínima y básica de la democracia moderna. En el anverso se presenta el individuo elector, con su derecho a votar y, en el reverso, aparece el potencial elegible, con su derecho a ser elegido, una cara en principio borrosa que tomará forma después de las elecciones, adoptando en ese momento una forma nítida del elegido, el que será representante de su comunidad por un período de tiempo definido previamente.

No obstante lo anterior, hay un supuesto donde esa dependencia no aparece entre dichos derechos: la *participación directa de la ciudadanía* en los asuntos públicos. En efecto, en la operación de los mecanismos de democracia directa el derecho de voto acude como el principal protagonista y los representantes se vuelven innecesarios. Por tanto, el derecho de sufragio activo aparece cargado de independencia frente a esa relación de necesidad con el derecho de sufragio pasivo. En suma, como es obvio, el derecho de sufragio pasivo es el que más acotado se encuentra en las funciones que le son asignadas por el ordenamiento jurídico a los derechos políticos.

Ahora bien, la especial cercanía y vinculación total de los derechos de sufragio no ha impedido que cada uno de ellos tenga su propio espacio de poder, exigiendo su autonomía y desarrollo.²¹² Estos derechos han crecido al resguardo de las frondosas ramas de la democracia. En este sentido, su crecimiento y fortalecimiento –en gran

«sufragio» únicamente tendría sentido en el contexto de las elecciones democráticas, precisamente para referirse a dos derechos básicos y fundamentales para la democracia.

²¹⁰ Sobre esta íntima relación, véanse, entre otros, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *El mandato parlamentario*, op. cit., al caracterizar el Parlamento también refleja esa relación: “El Parlamento expresa *erga omnes* la voluntad general a través del instrumento normativo de la ley, que ahora vincula a todos los poderes, pero además, en cuanto foro de libre discusión *escenifica* el debate político existente en la sociedad civil, toda vez que ésta ha elegido a sus miembros y éstos son políticamente responsables ante aquélla”, y GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos...*, op. cit., p. 51, quien razona sobre las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional español y la inclusión de esta relación como uno de los elementos del concepto de cargo público representativo.

²¹¹ También por ello no es gratuito que en la Convención Americana ambos derechos estén reconocidos en el mismo artículo y conectados a su vez a través del omnicompreensivo derecho de participación política.

²¹² Sobre el derecho de sufragio activo como derecho fundamental, PRESNO LINERA, Miguel Á., *El derecho de voto*, op. cit., pp. 174 y ss.

medida— tiene respuesta en el estado en que se encuentre el sistema democrático en cada Estado, pero, en términos generales, la preocupación histórica por la universalización del sufragio activo,²¹³ ha conducido indirectamente al descuido de la universalización en el acceso al derecho de sufragio pasivo, teniendo como consecuencia —según se describió previamente— la existencia de un amplio sistema de restricciones, y esto también tiene un sentido lógico, porque mientras para la modalidad activa del sufragio no hay límites en su espectro de apertura, es decir, tiene la capacidad de recibir y otorgar su ejercicio a todos los individuos integrantes de la sociedad, en cambio, la modalidad pasiva tiene —en este específico sentido— un espacio demasiado reducido.

La vinculación existente entre el sufragio activo y pasivo, por otra parte, queda también de manifiesto en la categoría del mandato representativo.²¹⁴ La naturaleza del mandato representativo refleja claramente la conexión entre el elector y el elegido, donde, a pesar de la función mediadora efectuada por los partidos políticos, este no se encuentra sujeto a los dictados y decisiones de estos últimos, sino que su cargo representativo responde directamente de los electores. Por ello, en esta lógica, los elegidos en caso de expulsión del partido político de pertenencia, durante el ejercicio del escaño, no perderían su condición de representantes, ya que su mandato se encuentra vinculado al derecho de sufragio activo de los electores que lo han elegido, no de la pertenencia o permanencia en el partido político.²¹⁵

²¹³ Encuentra reflejo en varios ámbitos, por ejemplo en el de las luchas sociales y de los derechos, como lo muestra el movimiento de la mujer al exigir su libre e igual participación en los asuntos públicos, a través del ejercicio del derecho de sufragio activo. Asimismo, en el ámbito académico, es evidente la extensa bibliografía que se ha ocupado de estudiar el derecho de votar y los principios que lo alientan, teniendo explicación en la pretensión democrática de otorgar a todos los individuos participación en la vida pública, sin excepción, a la par de la normalización de las elecciones como el mecanismo pacífico de traspaso del poder político de unas manos a otras.

²¹⁴ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *El mandato parlamentario*, op. cit.

²¹⁵ De opinión distinta, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “Derecho de participación a través de representantes...”, op. cit., pp. 215-216.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS APLICABLES A LOS DERECHOS POLÍTICOS EN UN CONTEXTO CONVENCIONAL

Después de establecerse teóricamente en el capítulo anterior los elementos básicos de la estructura jurídica del derecho de sufragio pasivo y tratar de responder a algunas de las incógnitas que surgen de las relaciones que este establece con el conjunto de las libertades y derechos políticos, y entendiendo que la sola presencia del derecho de ser elegido no sostiene por sí misma todo el edificio democrático, ahora interesa analizar la cuestión de los principales principios que afectan, ordenan o influyen en el modo en que se interpreta el derecho de sufragio pasivo en el contexto convencional interamericano.

Los principios a los que se hará referencia son el Preámbulo convencional (como su contexto, donde también cabe encontrar fines y valores del sistema interamericano), la subsidiariedad, el de igualdad y no discriminación, el democrático y el de proporcionalidad.

I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA CONVENCIÓN AMERICANA: NATURALEZA, FINES Y TRASCENDENCIA

Dado que hacer un estudio pormenorizado de la Convención Americana, como la norma jurídica que reconoce el derecho de sufragio pasivo, rebasaría con creces el objeto del trabajo, se ha optado por seleccionar –por supuesto, de manera subjetiva, aunque siguiendo el enfoque propuesto en este capítulo– algunos elementos relevantes que permitan ofrecer un panorama aproximativo a este documento base del sistema interamericano de derechos humanos. En este sentido, antes que hacer el análisis

histórico de la CADH²¹⁶ se ha creído de mayor conveniencia describir algunos de sus aspectos estructurales.

1. *Naturaleza y aspectos estructurales*

El tema de la naturaleza jurídica de la Convención Americana o *Pacto de San José de Costa Rica*²¹⁷ no genera mayores controversias. Existe unanimidad al respecto y bien puede decirse que en términos del derecho internacional es un tratado internacional.²¹⁸ Por supuesto, donde se alcanzan a percibir diferencias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es en la forma de entenderlo y el alcance que le otorga. En este sentido, el antiguo juez interamericano Barberis, quien no duda de la que la Convención Americana sea un tratado internacional, en cambio, se muestra crítico con la forma en que la Corte Interamericana, en la **Opinión consultiva OC-2/82**, interpretó en esa ocasión el carácter especial de la Convención Americana como tratado de derechos humanos, así, dirá: “[e]l argumento de que hay tratados multilaterales que

²¹⁶ Sobre su origen, vale la pena destacar los estudios preparados en su momento por el Comité Jurídico, donde manifiesta algunas ideas sobre la conveniencia de crearse una convención que diera eficacia («plena obligatoriedad», dirá) a los principios de la Declaración Americana, los obstáculos, y la creación del órgano encargado de su cumplimiento, *Fortalecimiento y ejercicio efectivo de la democracia. Informe preparado de conformidad con la Resolución VII de la Cuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, Washington, Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1959 y *Estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia (Preparado de conformidad con la Resolución III de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y la Resolución XXI de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos)*, Washington, Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1960. De igual forma, CAICEDO CASTILLA, José J., *El derecho internacional en el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1970, quien fuera miembro del CJI y participante en la elaboración de los documentos mencionados previamente. Por otra parte, muchos fueron los actores interamericanos que participaron en la redacción de la CADH, pero de forma individual puede destacarse la labor del profesor García Bauer, por lo que resultan de utilidad sus escritos al respecto, GARCÍA BAUER, Carlos, “La proyectada Convención Interamericana de Derechos Humanos”, VV. AA., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 425-461. Y los trabajos preparatorios del tratado, *Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y documentos*, Washington, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2.

²¹⁷ Oficialmente también se le denominó de esta forma, haciéndose referencia al lugar donde fue aprobado el texto, San José de Costa Rica.

²¹⁸ Entre otros, PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 16a. ed., Madrid, Tecnos, 2012, en específico el epígrafe “Los tratados. Su régimen a la luz de la Convención de Viena de 1969”, pp. 86-134 y MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho internacional público. Parte general*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2005, en específico los capítulos 12 “Consideraciones generales sobre los tratados internacionales” y 13 “Régimen jurídico de los tratados internacionales”, respectivamente, pp. 281 y ss.

merecen un tratamiento especial porque tienden al bien común y no crean derechos y obligaciones en interés particular de cada Estado contratante, no se ajusta a la realidad”. Para él, no habría razón para excepcionar o tratar diferente a los tratados de derechos humanos de otro tipo de tratados multilaterales con estructura semejante (entre otros que menciona dicho autor: protección de especies animales y vegetales, contaminación ambiental, trata de mujeres y niños), en tanto estos también perseguirían fundamentalmente el bien común.²¹⁹ En último término, el criterio manejado por la Corte Interamericana (que será citado en párrafos siguientes) es el que ha prevalecido tanto en su jurisprudencia como en el creciente desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

En el sentido de que los instrumentos regionales de derechos humanos, tales como el Convenio Europeo y la Convención Americana, no pueden quedar reducidos a una caracterización simple de un tradicional tratado internacional, García Roca²²⁰ arguye la *teoría de la triple naturaleza jurídica* del CEDH: cuerpo de tratado, espíritu de declaración constitucional de derechos, y una garantía comunitaria de la Unión Europea.²²¹ La primera de las características referidas no requiere mayores explicaciones, pues no puede desviarse la mirada de la estructura formal que adoptan estos instrumentos jurídicos, sin embargo, en el caso específico del Convenio Europeo hay varios ingredientes –según señala dicho autor– que lo hacen ubicarse en que “no es sólo un tratado más”, como su mayor carácter supranacional que internacional (debido a su inserción en el seno del Consejo de Europa), y su aplicación judicial.²²² Respecto de la segunda, es la materia contenida en ellos, los derechos humanos, con lo cual se asemejan en gran medida a las declaraciones de derechos contenidas en los textos constitucionales. En cuanto a la tercera característica, el Convenio Europeo se erige en una especie de catalizador, ya que “informa y articula las relaciones entre una pluralidad

²¹⁹ Cfr. BARBERIS, Julio A., “Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado internacional”, VV. AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, op. cit., p. 247.

²²⁰ GARCÍA ROCA, Javier, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y bases para una globalización de los derechos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, enero-junio de 2005, pp. 139-182. Trabajo que también fue publicado en la *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 6, 2005, pp. 37-82. En adelante las notas referidas son a la versión primeramente citada.

²²¹ Quien alude que “[...] el Convenio Europeo de Derechos Humanos no es sólo un tratado internacional más, aunque tenga el cuerpo que le da esa fuente del Derecho, sino que tiene el espíritu de una declaración constitucional de derechos y una función integradora típicamente constitucional”, ibídem, p. 144.

²²² Cfr. Ibídem, p. 145.

de ordenamientos que comunica transversalmente”,²²³ donde se incluyen las relaciones de integración política y social de la comunidad europea.

Ahora bien, conviene no olvidar que dicha teoría, esbozada en sus cauces mínimos, pese a tener aplicación general para los instrumentos semejantes al Convenio Europeo (entiéndase la Convención Americana), contiene una especificidad quizás presente exclusivamente en el contexto europeo: el objetivo de integración del espacio europeo de los derechos. En este sentido, se asiste en nuestros días al acercamiento de los dos grandes bloques jurisdiccionales (integración funcional de derechos), entre el sistema del Convenio Europeo y el del sistema comunitario (Unión Europea), fenómeno que por obvias razones se aleja de la realidad americana. Razón por la cual, la última de las características debe mirarse desde una perspectiva más amplia, en la integración a través de dos de los principios básicos que estructuran el sistema interamericano, el principio democrático y la protección de los derechos humanos.²²⁴

Entonces, la Convención Americana en principio adoptaría el régimen general del derecho de los tratados,²²⁵ pero al contener y regular una materia como lo son los derechos humanos, este instrumento adoptaría un régimen especial y específico, un tratado *sui generis*, es decir, como lo ha afirmado la Corte Interamericana, “[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los

²²³ Ibídem, p. 146. En este sentido, García Roca se apoya de la tesis de Drzemczewsky, quien caracteriza al Convenio Europeo como un tratado *sui generis*, DRZEMCZEWSKY, Andrew Z., “The *sui generis* nature of the European Convention on Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, enero de 1980, pp. 54-63.

²²⁴ Sobre la íntima conexión entre ellos en el sistema interamericano, GROS ESPIELL, Héctor, “La democracia en el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”, *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, vol. II, pp. 119-143.

²²⁵ Conforme con la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969. Por ello, cabe destacar, no es gratuito que algún precepto (art. 75) de la Convención Americana se remita expresamente a aquella.

individuos bajo su jurisdicción”.²²⁶ En efecto, puede decirse que paulatinamente el espacio de los tratados internacionales sobre derechos humanos ocupa cada vez mayores espacios del ámbito general, produciéndose la emergencia de su tratamiento y régimen específico.²²⁷

Ahora bien, ya que la Convención Americana adopta de forma semejante la estructura de las tradicionales *declaraciones de derechos*, desde la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776²²⁸ hasta la Declaración Universal, también puede verse como la continuación de la Declaración Americana,²²⁹ en tanto la tuvo como el modelo al que debía dársele continuidad en la región. Pero más allá de su cercanía o lejanía formal con las declaraciones de derechos, lo cierto es que el contenido material de todos estos documentos, esto es, los derechos del ser humano, es la materia común que comparten.

A la Convención Americana también, desde la perspectiva de la interpretación de los derechos que reconoce en sus preceptos, se le ha visto con el carácter de *instrumento constitucional*.²³⁰ Es decir, los principios aplicables en la interpretación de la Constitución, principalmente en materia de derechos fundamentales, en tanto son estos los que deben de ser interpretados por los tribunales, también tendrían cabida en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la CADH.

²²⁶ CorteIDH, Opinión consultiva OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), de 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

²²⁷ Dando lugar a una disciplina emergente, rama del derecho internacional general, el *derecho internacional de los derechos humanos*. Véase, al respecto, SHELTON, Dinah L., *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, Cheltenham (Reino Unido)-Northampton (EUA), Edward Elgar, 2014, pp. 74 y ss.

²²⁸ En la edición a cargo de José Luis Monereo Pérez de la obra de JELLINEK, Georg [1895], *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, traducción de Adolfo Posada, Granada, Comares, 2009, puede encontrarse –en la parte final– una versión traducida de dicha Declaración, pp. 119 y ss.

²²⁹ Al respecto, BUERGENTHAL, Thomas, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, núm. especial (en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre), 1985, pp. 111-119.

²³⁰ Sobre el particular, véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos Humanos. Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. III, p. 223. Asimismo, del lado europeo, GARCÍA ROCA, Javier, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y bases para una globalización de los derechos”, op. cit.

Posteriormente, la CADH creció lateralmente, al anexársele dos Protocolos que asumían materias concretas del ámbito de los derechos humanos. El 17 de noviembre de 1988 fue suscrito el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en San Salvador, El Salvador,²³¹ y el 8 de junio de 1990 fue suscrito el *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*, en Asunción, Paraguay. Con lo cual se extendió su alcance, aunque en esto se debe tener presente que los Protocolos mencionados solo se aplican para los Estados que los ratifiquen (art. 77.2 CADH).

Por su parte, la Convención Americana *no ha sufrido modificación alguna*, sigue conservando la letra con la que fue redactada y aprobada a finales de la década de los sesenta. El procedimiento para su modificación o enmienda se encuentra establecido en su artículo 76. La única propuesta presentada para modificarla –y que no prosperó– generó demasiadas dudas en la interpretación que debía darse a dicha disposición.²³² En términos generales, es un procedimiento gravoso que requiere principalmente del acuerdo de los Estados parte de la Convención, lo que implica no solo el convencimiento jurídico de los cambios sino, de mayor grado, la aceptación de los compromisos internacionales implicados con las modificaciones propuestas.

Resulta de particular interés (en razón de su efectiva aplicación y los efectos que en general tiene para el sistema, como será expuesto más adelante) la posibilidad establecida en el artículo 78 de la Convención Americana para que los Estados parte, es decir, los Estados integrantes del espacio donde tiene aplicación, en cualquier momento puedan *retirarse* de ese espacio de protección subsidiaria de los derechos,²³³ por supuesto, mediante el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos, sencillas y nada gravosas (dar un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la OEA).

²³¹ Sobre algunos de los objetivos de adicionar un protocolo específico a la CADH debe consultarse SEPÚLVEDA, César, “Posibilidad y conveniencia de elaborar un protocolo adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales, anexo a la Convención de San José, de 1969”, *Anuario Jurídico*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. XII, 1985, pp. 283-292.

²³² Cfr. ARRIGHI, Jean M., “El procedimiento para la adopción de enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, VV. AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, op. cit., pp. 333 y ss.

²³³ Se dice que «en cualquier momento» porque el período en el que quedaba restringida la denuncia de la CADH ya no tiene virtualidad en nuestros días, conforme con la primera parte del artículo 78 CADH, misma que establece: “Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma [...]”. Por tanto, a partir del 18 de julio de 1983, después de que se cumplieran los cinco años de entrada en vigor de la CADH (18 de julio de 1978), puede ejercerse por los Estados parte tal derecho.

Cabe destacar, en clave comparativa, que resulta singularmente similar –con las correspondientes variaciones, pero mínimas en sustancia– la redacción del dispositivo aludido con el artículo 58 CEDH, mismo que se rotula “denuncia”, lo que lleva a percibir de forma clara el reforzamiento, al existir el antecedente en el Convenio Europeo (como tratado en materia de derechos humanos), para incluir esta figura en el instrumento americano, sin embargo, parece claro que si el principal tratado que le antecede, la Carta OEA, contenía cláusula de denuncia en su artículo 143, era una tradición que no podía ignorarse al establecerse las canónicas disposiciones generales y transitorias de los tratados.

Antes de entrar de lleno en este tema, se requiere precisar una cuestión previa, de índole terminológica. Para los efectos de este trabajo, es importante subrayar que el término «denuncia» tiene carácter *ambivalente* en el sistema interamericano de derechos humanos. En primer lugar, como ahora se está utilizando, se trata del *acto o procedimiento unilateral contemplado en el artículo 78 CADH* para articular la facultad que tienen los Estados parte de *retirarse* del sistema de la Convención Americana,²³⁴ es decir, es la puerta que el Pacto de San José deja abierta para cuando el Estado en cuestión crea conveniente dejar de pertenecer a él, por las razones que estime oportunas en su momento. Ahora bien, en segundo lugar, *en el nivel de la Comisión Interamericana*, el término de «denuncia» toma significado en la etapa inicial del procedimiento que se sigue ante ella en la revisión de las demandas sobre posibles vulneraciones de la CADH, según lo establecido en el artículo 44 de dicho instrumento. Sobre esta etapa procesal se volverá más adelante para precisar algunas observaciones sobre el uso que se le dará a dicho término en el tratamiento que se haga de la CIDH, pero por el momento era oportuno mencionar tal distinción terminológica, pues como puede verse el concepto «denuncia» es usado en dos planos distintos y con diferente sentido, pero ambos contenidos en la CADH.

La cláusula de denuncia, al producir efectos,²³⁵ implica principalmente que “termina con la calidad de parte de los Estados” en la Convención Americana²³⁶ y,

²³⁴ A decir de MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., op. cit., p. 372, los términos «denuncia» y «retiro» son equivalentes.

²³⁵ Existe un período de *vacatio*, que va de la notificación expresa del acto unilateral del Estado de denunciar la Convención Americana al momento en que efectivamente surte efectos, que será un año después de esa notificación. Por eso, RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, “Parte III – Disposiciones generales y transitorias”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), op. cit., p. 944, asevera que “la denuncia no produce efectos inmediatos”, en el caso de la Convención Americana.

simultáneamente, el órgano jurisdiccional de la Convención Americana, esto es, la Corte Interamericana, se vea impedida de seguir conociendo de las hipotéticas quejas de violación relativas a ese Estado denunciante en cuestión, aunque debe advertirse que los efectos de la denuncia son a futuro (*ex nunc*), por lo que, conforme con el artículo 78.2 CADH, “[d]icha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efectos”. Por otra parte, la denuncia contemplada en la CADH debe entenderse como una *denuncia total*, lo que excluye el supuesto de *denuncias parciales* de la Convención Americana.²³⁷ Ahora bien, siguiendo a Gros Espiell, las denuncias parciales no deben confundirse con la posibilidad lícita que tienen los Estados de retirar el reconocimiento que alguna vez hicieron de sujetarse a la competencia de órganos jurisdiccionales resultantes de algún tratado específico del que forman parte, que es un supuesto jurídico distinto e independiente («conceptual, jurídica y prácticamente»). Este sería el caso de lo acontecido con Perú en 1999, cuando el Estado peruano intentó retirarse de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²³⁸

Aunque a primera vista pudiera resultar extraña la posibilidad de que los Estados puedan retirarse del sistema de la CADH simplemente con una notificación expresa (por escrito), existe una larga tradición en el derecho internacional de reconocerle al principal sujeto de derecho internacional, esto es, al Estado, la potestad de extinguir sus obligaciones respecto de los tratados de los que forma parte.²³⁹ La denuncia alude, en

²³⁶ GROS ESPIELL, Héctor, “Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Peruana de Derecho Público*, año 1, núm. 1, julio-diciembre de 2000, p. 18. Aunque su título refiere otro supuesto jurídico, distinto al de la denuncia, el autor al deslindar teóricamente la situación de retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana del caso de la denuncia de la CADH, aborda en varios momentos esta última.

²³⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, op. cit., p. 945. Gros Espiell asegura que la «denuncia es siempre total», aunque tal afirmación ha de ser entendida más en un sentido orientativo que absoluto, pues –como él mismo expone– la normativa internacional reconoce la posibilidad de las denuncias parciales (art. 44 Convención de Viena), cfr. GROS ESPIELL, Héctor, “Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa...”, op. cit., p. 18.

²³⁸ Sobre el particular, entre otros, CASSEL, Douglas, “El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el sistema interamericano de derechos humanos?”, *Revista IIDH*, núm. 29, enero-junio de 1999, pp. 69-94.

²³⁹ Véanse MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., op. cit., en específico el epígrafe “Causas de terminación de los tratados y de suspensión de su aplicación”, pp. 372-379 y CONDE PÉREZ, Elena, *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2007, pp. 243 y ss.

términos de derecho internacional, a *actos unilaterales de los Estados*²⁴⁰ y a una *causa de terminación del tratado establecida por la voluntad de las partes*.²⁴¹ Por lo que, combinados ambos elementos, la denuncia es “un acto unilateral de carácter formal, cuyos efectos dependen de su aceptación por el resto de las partes en el tratado”.²⁴²

En la historia de la Convención Americana se han presentado dos episodios de este tipo. El primero fue el de Trinidad y Tobago, quien denunció la Convención el 26 de mayo de 1998, y generando sus efectos el 26 de mayo de 1999. Episodio en el que no me detendré, para enfocar la atención en el segundo caso, y más reciente, el de Venezuela, cuya nota formal de denuncia de la Convención Americana (Nota Oficial Diplomática núm. 000125 del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, suscrita por su entonces titular, el señor Nicolás Maduro Moros)²⁴³ fue recibida por el Secretario General de la OEA el 10 septiembre de 2012, entrando en vigor al año siguiente. Estadística que, por otra parte y en perspectiva comparada, no debe subestimarse, pues como se había señalado anteriormente el Convenio Europeo también contempla la figura de la denuncia, en su artículo 58, pero sin uso alguno en la historia de dicho instrumento y no se avizora que en el futuro pueda ser utilizada, aunque ciertamente no puede descartarse por completo su activación.

Uno de los primeros síntomas de advertencia del posible retiro de Venezuela del sistema de la Convención Americana fue la sentencia 1.939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, de 18 de diciembre de 2008,²⁴⁴ decisión en la que, además de declarar inejecutable en el orden jurídico interno la sentencia

²⁴⁰ Sin entrar en cuestiones que exceden el objeto propio de la investigación, la doctrina internacionalista distingue entre actos unilaterales en sentido formal y actos unilaterales autónomos. Según Conde Pérez, apoyándose en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, los primeros dependen de la existencia de una norma internacional previa y que se encuentre vigente, en tanto que los segundos “en sí mismos” son capaces de generar derechos y obligaciones internacionales, cfr. *Ibíd.*, p. 33 (nota al pie 4).

²⁴¹ Cfr. MARINO MENÉNDEZ, Fernando M., op. cit., p. 372. Noción también presente en la definición de denuncia que alude RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, op. cit., p. 944, al decir que “La denuncia es un proceso unilateral iniciado por un Estado para dar por terminados sus obligaciones jurídicas en virtud de un tratado”.

²⁴² CONDE PÉREZ, Elena, op. cit., p. 33.

²⁴³ Según Ayala Corao, fue emitida “por orden directa de Hugo Chávez Frías”, cfr. AYALA CORAO, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 2, 2012, pp. 643 y 679. Asimismo, véanse los comunicados de prensa de la CIDH, 64/13 “CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela”, de 10 de septiembre de 2013 y 117/12 “CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de 12 de septiembre de 2012.

²⁴⁴ Sobre el contexto particular en que fue dictada esta sentencia, así como su análisis crítico, véase AYALA CORAO, Carlos, *La «inejecución» de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009, pp. 69 y ss.

condenatoria de la Corte Interamericana en el **Caso Apitz Barbera y otros**,²⁴⁵ solicitó al Ejecutivo que procediera a denunciar la Convención Americana “ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana”. Burgorgue-Larsen, en nota marginal de un trabajo dedicado a la interpretación de la Convención Americana, sintetiza los acontecimientos generales que antecedieron a la denuncia de la CADH por parte de Venezuela: “[...] ante cada condena de Venezuela, el gobierno de Hugo Chávez amenazó con denunciar la Convención y con no reconocer la jurisdicción de la Corte. Sus miembros fueron sistemáticamente estigmatizados por su falta de independencia y de integridad. En otras palabras, se trató de una política de «deslegitimación» constante de los mecanismos institucionales del sistema interamericano, que fue implementada por las autoridades de Caracas, antes de su retirada oficial de la Convención Americana [...]”.²⁴⁶

En el ámbito interno venezolano, la denuncia de la CADH fue una decisión que no estuvo respaldada por amplios sectores de la sociedad venezolana, como no podía ser de otra forma, ante el significativo abandono del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.²⁴⁷ Desde una posición lejana, y más allá del agotamiento de los recursos internos al alcance de los habitantes del territorio venezolano para cuestionar la constitucionalidad del acto de denuncia de la Convención Americana,²⁴⁸ entiendo que el caso venezolano abre interrogantes importantes –a nivel general y abstracto– sobre la cláusula de denuncia, pues resulta altamente significativo la nula participación del órgano democrático en la decisión de la denuncia, es decir, estuvo

²⁴⁵ Esta sentencia en particular de la Corte Interamericana se abordará más adelante (Capítulo III). Por el momento, basta mencionar que el asunto en cuestión se trataba de la destitución arbitraria de tres jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa y entre las medidas de reparación que había dictado la Corte Interamericana se encontraba la reintegración de las víctimas a sus cargos (SCorteIDH, *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 5 de agosto de 2008, párr. 246), situación que no era del agrado del gobierno venezolano.

²⁴⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 1, 2014, p. 134 (nota al pie 118).

²⁴⁷ Según AYALA CORAO, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, op. cit., p. 679, un grupo significativo de venezolanos impugnó el acto del Ejecutivo de denunciar la CADH ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, a través de una *acción de nulidad por inconstitucional*; en el trabajo del citado autor, en esencia, se desarrollan ampliamente los argumentos y fundamentos esgrimidos en esa demanda, ibídem, 649 y ss.

²⁴⁸ Como bien dice Gros Espiell, en un contexto distinto pero aplicable en este momento, “Se trata de una cuestión que se sitúa exclusivamente en el ámbito del Derecho Internacional y que es distinta del problema de si ese retiro es o no posible según el Derecho Constitucional, es decir del Derecho Interno [...]”, GROS ESPIELL, Héctor, “Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa...”, op. cit., p. 16.

desprovista del más mínimo consenso o discusión abierta con la ciudadanía, lo que denota el peso dejado por algunos de los ordenamientos jurídicos internos a los titulares del Poder Ejecutivo la decisión de este tipo de actos (la doctrina internacionalista diría que se trata de los órganos internos competentes para vincular internacionalmente al Estado,²⁴⁹ que en el supuesto particular sería el *desvincularlo*). Y sí, se puede argumentar que así está establecida y organizada la forma en que se obligan internacionalmente algunos Estados y, por extensión, también se les otorga la competencia para denunciar los tratados internacionales de derechos humanos. También válidamente se puede señalar que desde el ámbito externo, del derecho internacional, la decisión tomada por Venezuela cumplía con las condiciones y requisitos necesarios para su validez²⁵⁰ y, en ese sentido, era una decisión soberana y legítima que no podía ser controvertida o cuestionada abiertamente por los demás Estados parte, a riesgo de verse inmiscuidos en conflictos gratuitos con uno de sus vecinos. Sin embargo, esto no puede ocultar la forma tan laxa, en ambos sentidos (norma interna-norma internacional), para que las autoridades ejecutivas de los Estados arrastren consigo a todos los individuos de sus territorios que gozaban de una protección más, aunque subsidiaria, de los derechos humanos.

Otra interrogante importante que surge es si puede ser *revocable* en el contexto de la CADH una declaración formal de denuncia durante el período que va de su notificación a la entrada en vigor de sus efectos. En otras palabras, si el año de preaviso establecido por el artículo 78 CADH debe tomarse como un *período de reflexión* en el que el Estado denunciante puede arrepentirse y pedir la anulación de la respectiva nota oficial de denuncia. En realidad, el supuesto descrito (su revocabilidad) no está regulado expresamente en la CADH, sin embargo, la opción propuesta por el Secretario General de la OEA en el caso de Venezuela parece encaminarse hacia ese supuesto. En este sentido, la parte final del comunicado C-307/12, de 10 de septiembre de 2012, menciona al respecto: “El Secretario General manifestó su esperanza de que en el año que debe transcurrir para que dicha decisión se haga efectiva, como lo establece el Art.78, el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela pueda reconsiderar su decisión”. Aunque, en este punto específico e interpretando el artículo aludido, no debe olvidarse que el papel del Secretario General es el de informar de la declaración unilateral del

²⁴⁹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., op. cit., p. 389.

²⁵⁰ Sobre los requisitos de forma en el procedimiento de denuncia, véase CONDE PÉREZ, Elena, op. cit., pp. 147 y ss.

Estado denunciante al resto de los Estados parte, hacerla del conocimiento público entre ellos, por lo que, en el supuesto que se diera un claro y expreso arrepentimiento de un Estado (que de igual forma debería darse por escrito), el Secretario General debe también limitarse a trasladar ese sentir, teniendo los Estados parte la autoridad para decidir si se hace efectiva la anulación de una nota diplomática de denuncia.

En este sentido, debe tomarse en cuenta que la Secretaría General de la OEA, como depositario de la CADH, tiene competencias limitadas en cuanto al procedimiento de denuncia, que Conde Pérez resume –obviamente siguiendo el régimen dispuesto por la Convención de Viena, art. 77– de la siguiente forma: 1. La recepción y custodia de la notificación de denuncia; 2. El registro de la denuncia; 3. Apreciar (aunque de forma limitada) la regularidad del acto de notificación de la denuncia; y, 4. La comunicación de la notificación de la denuncia a los Estados parte a la mayor brevedad posible.²⁵¹

Por último, no deja de llamar la atención que, según puede desprenderse de una de las primeras interpretaciones doctrinales hechas sobre el artículo 78 CADH, el conjunto de condiciones de denuncia de la CADH eran percibidas con un carácter restrictivo en comparación con las condiciones de denuncia de otro tipo de tratados (no de derechos humanos), al decir Gros Espiell que “Las características especiales de los tratados sobre derechos humanos y la materia que es su objeto justifican plenamente el carácter restrictivo de la posibilidad de denuncia de estos tratados y las limitaciones impuestas”.²⁵² Aunque, como se ha visto, la práctica ha mostrado que precisamente la falta de limitaciones estrictas es que los Estados parte fácilmente pueden desligarse de la CADH. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que en esos momentos se veía lejano el horizonte de que algún Estado parte hiciera valer dicho dispositivo.

2. Fines, trascendencia y perspectiva

La Convención Americana, como norma jurídica, tiene en su estructura interna implícitos los fines que persigue. Bien puede teorizarse sobre la prelación o jerarquía de estos fines, pero todos ellos quedan subordinados a la dignidad del ser humano. Esta se convierte, por tanto, en el vértice del instrumento regional y de la protección de los

²⁵¹ Cfr. CONDE PÉREZ, Elena, op. cit., pp. 158-159.

²⁵² GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana...*, op. cit., p. 205.

derechos que reconoce. Asimismo, como ya fue mencionado al inicio del capítulo, la Corte Interamericana ha señalado el fin básico perseguido por la Convención Americana, que no es otro que “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”.²⁵³

La CADH tiene trascendencia en múltiples sectores, pero más allá de la producción de cambios o transformaciones en el orden jurídico interno de los Estados parte, que sin duda es una de sus marcas indelebles en la región en los últimos años, entiendo que la cuestión de la integración regional de derechos tiene un lugar central en el futuro del sistema interamericano. En este sentido, el fenómeno de integración no debe verse en modo alguno como una corriente homogeneizadora, desconocedora de las diferencias y signos de cada comunidad integrante de ese espacio. Por lo que el reto viene dado por encontrar las fórmulas o maneras de conciliar el pluralismo de la región con una eficaz protección de los derechos convencionales.

La perspectiva que la Convención Americana tiene ante sí es la de su reconocimiento por los Estados integrantes de la OEA que todavía no la han ratificado o adherido a ella. Este sigue siendo un reclamo constante para la universalización del sistema interamericano de derechos humanos, terminando con los distintos grados de protección que se producen para los habitantes del continente americano, según su nacionalidad o lugar de residencia.

Otra de las problemáticas relevantes –agregaría– que deberá afrontar la Convención Americana en el futuro es el de su reforma. Sobre esto, hay dos puntos que deben destacarse. El primero es el tema de los *límites implícitos* que deben caber en las propuestas de enmiendas, es decir, la CADH no impone límites expresos en cuanto a la magnitud de las enmiendas, si pueden ser parciales –que no cabe duda de ello– o, en cambio, pueden ser totales de alguna de sus tres diferentes partes o de algún capítulo en específico. En el fondo se podría interpretar la posibilidad de una enmienda de tal entidad que pueda entenderse como total. Sin embargo, los límites implícitos, es decir, los principios básicos o fundamentales en los que se sustenta la Convención, harían pensar en cierta contención, medida, por parte de las propuestas de cambio que se hagan.

²⁵³ CorteIDH, Opinión consultiva OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, de 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

El segundo, es el problema de la *fórmula participativa* de los pueblos americanos en la discusión y debate de las propuestas de enmienda de la CADH, siendo un supuesto que no se encuentra contemplado. En principio, el procedimiento se encuentra cerrado a la órbita de la OEA. Por lo que resulta trascendental que, a estas alturas de la importancia cada vez mayor de la CADH en la vida de las personas del continente, la discusión se extienda de forma amplia a todos –o a la mayor extensión posible de– los sectores de las comunidades correspondientes a los Estados parte de la Convención Americana. Estimo que una solución a esto precisamente pasa por los Estados parte, lo que de entrada no significa una necesaria modificación de las normas internacionales, ya que estos tienen la posibilidad de extender la discusión de las propuestas de enmienda a su población, mediante mecanismos de discusión en foros abiertos o consultas públicas. Otra posibilidad sería que el Parlamento emita una opinión razonada, debatida previamente, siendo vinculante para los representantes en la OEA.

II. EL PREÁMBULO CONVENCIONAL: CONTEXTO DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES COMUNES AMERICANOS

1. *La naturaleza subsidiaria de la protección internacional de derechos humanos*

La subsidiariedad es uno de los pilares que sostienen el funcionamiento de los sistemas regionales de protección de derechos humanos.²⁵⁴ La idea básica de este

²⁵⁴ Entre otros, desde una mirada general, CAROZZA, Paolo, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2002, pp. 38-79; en el contexto del sistema europeo, véase GALETTA, Diana-Urania, “Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 3-4, 1999, pp. 758 y ss.; y, en cuanto al sistema interamericano, ABRAMOVICH, Víctor, “Autonomía y subsidiariedad: el sistema interamericano de derechos humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 211-230 y DEL TORO HUERTA, Mauricio I., “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 23-61.

principio es que estos no eliminan o sustituyen a los sistemas nacionales, sino que actúan como instancias coadyuvantes o complementarias en la restitución de derechos.

En este sentido, adelantando un poco el análisis que se hará en líneas posteriores de la jurisprudencia interamericana en esta materia, García Ramírez, en su *Voto concurrente* en el **Caso Tibi**, alude al sentido esencial de la subsidiariedad en los siguientes términos: “Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes. Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos”.²⁵⁵

Para explicar esto resulta útil acudir a las figuras del subsidio y ente subsidiario, vocablos afines, pero con funciones distintas según el contexto en que se utilizan (económico y financiero, respectivamente), los cuales reflejan bien la imagen que se quiere transmitir sobre la función jurídica. Así, los sistemas regionales de protección de derechos humanos, que actúan a través de órganos jurisdiccionales, son instancias que intervienen para ayudar o complementar en las funciones del ente principal, que no es otro que el tribunal nacional. Visto así, en el sentido anverso, desde la posición de los tribunales nacionales, que son el entramado más numeroso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el principio de subsidiariedad permite reafirmar el carácter complementario de la jurisdicción internacional y darle un mejor sentido a la idea de la concurrencia de jurisdicciones en materia de derechos humanos.²⁵⁶

²⁵⁵ SCorteIDH, *Tibi vs. Ecuador* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 7 de septiembre de 2004, párr. 4.

²⁵⁶ En un contexto más amplio, el de las relaciones entre el ordenamiento constitucional (nacional) con el ordenamiento internacional y/o el supranacional, véase BUSTOS GISBERT, Rafael, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005. La problemática bien detallada por Kelsen, en los años cincuenta, respecto de las relaciones o imbricación entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional (KELSEN, Hans [1952], *Principios de derecho internacional público*, traducción de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Granada, Comares, 2013, en específico el capítulo V “Derecho internacional y derecho nacional”, pp. 313-350), sigue presente en nuestros días. Tanto es así, que ahora la discusión se viene centrando en la constitucionalización del derecho internacional o, según se posicione uno, en la internacionalización del derecho constitucional; una mirada actual de los conflictos generados en la doctrina, tras la que se

Por esta razón probablemente el principio de subsidiariedad sea uno de los que mayor atención ha recibido por parte de la doctrina. En este sentido, no intentaré hacer un análisis similar de su tratamiento y configuración jurídica. Mi intención, en cambio, es centrarme en el estudio de la interacción que tiene el principio de subsidiariedad en la interpretación jurisprudencial de la Corte de San José para posicionarse como instancia relevante de control de los derechos democráticos, tratando de seguir ciertas preguntas: ¿De qué manera ha evolucionado en la jurisprudencia del Tribunal?, ¿tiene alguna relevancia o impacto en ella o simplemente es un carácter definitorio del sistema? Por lo que previamente se vuelve necesario saber cuál es el valor y la función del preámbulo de la Convención Americana.

A. La regla básica del agotamiento de recursos internos

Directamente relacionado con el principio de subsidiariedad se encuentra la regla básica del agotamiento de recursos internos.²⁵⁷ Puede verse indistintamente como requisito o regla procesal, consistente en un límite de acceso, en el que la persona que pretenda acudir al nivel interamericano primero debe haber agotado todos y cada uno de los recursos puestos a su disposición en el orden interno. Hasta en tanto no se cumpla, los mecanismos del sistema interamericano no podrán ser accionados. Pero más allá de la cuestión procesal, que por supuesto es de suma relevancia, para los fines de este trabajo nos interesa resaltar, en el plano teórico, la relación directa existente entre el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos expresado en el Preámbulo y precisamente la regla procesal dispuesta en el artículo 46.1.a, ambos dispositivos de la Convención Americana.

escondan las ideas de integración, por un lado, y diversidad, por el otro, véase el trabajo de GORDILLO PÉREZ, Luis I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, prólogo de Pablo Pérez Trempe, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, en específico el capítulo II (de la parte IV), “La concepción pluralista vs. la concepción constitucionalista del ordenamiento jurídico internacional”, pp. 459 y ss.

²⁵⁷ Para GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 5, 2009, p. 47, “[e]sta regla se basa en la concepción de la protección internacional de los derechos humanos como subsidiaria a la jurisdicción interna de los Estados en los supuestos en que existe una persona indefensa frente al Estado que menoscaba o viola sus derechos”. Sobre el particular, véase FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, núm. 46, julio-diciembre de 2007, pp. 43-122.

Dentro de estas nociones es sintomático el análisis comparativo de Gros Espiell,²⁵⁸ quien al referirse a la base de los principios y valores fundamentales que conforman el sistema interamericano de derechos humanos en todo momento remite a las disposiciones del Preámbulo convencional. Entre otros, el principio de compatibilidad entre universalismo y regionalismo en materia de derechos humanos, el principio democrático y el principio de subsidiariedad.

2. El valor de los preámbulos de los tratados internacionales, con especial referencia a la Convención Americana

En el ámbito del derecho internacional resulta fuente natural para la interpretación de los tratados internacionales la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, especialmente su artículo 31, dedicado a las reglas generales de interpretación de estos instrumentos.²⁵⁹ Desde este ángulo resulta claro que el preámbulo integra o forma parte del texto, por lo que no podría entenderse cabalmente el conjunto del tratado sin una de sus partes. Para fijar el alcance jurídico de un tratado, en natural vinculación con el objeto y fin que le dio origen, se debe acudir a las dos partes principales del texto, esto es, en palabras de Corriente Córdoba: “[...] en los específicos compromisos asumidos por las partes en el articulado, sino también, en el compromiso general de coordinación, de cooperación, que se deriva de los objetivos propuestos y de los principios directores”.²⁶⁰

En igual sentido, pero visto desde la posición de los tratados internacionales de derechos humanos, para García Roca los dos primeros apartados del citado artículo

²⁵⁸ Cfr. GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana...*, op. cit., pp. 18, 26 y 29.

²⁵⁹ Conforme dicho dispositivo: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

²⁶⁰ CORRIENTE CÓRDOBA, José A., *Valoración jurídica de los preámbulos de los tratados internacionales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973, p. 52.

favorecen respectivamente “una interpretación sistemática, fundada en el contexto, y otra finalista, atenta a la estructura normativa del precepto”.²⁶¹ Contexto que, si es trasladado al sistema europeo de derechos humanos, le otorga indiscutible relevancia hermenéutica al Preámbulo CEDH.

En todo caso, la operación previa y fundamental para afrontar la interpretación de los tratados específicos de derechos humanos es la «determinación del contexto».²⁶² Pero, ¿en qué consiste esto?, ¿cuáles son sus términos? Según Corriente Córdoba:

“Un tratado debe ser considerado como conjunto armónico de reglas jurídicas [...]. La fijación de este todo armónico de normas jurídicas, con base en el cual se hace posible una interpretación correcta, es, en definitiva, la operación de determinación del contexto. El contexto está, pues, constituido por una serie de disposiciones con las que una cláusula o texto determinados se encuentran unidos por una vinculación de orden lógico. Tiene una amplitud variable, que puede alcanzar desde otras cláusulas del mismo artículo, u otras secciones o partes del mismo tratado, a otras cláusulas, partes de tratados o tratados distintos del que intentamos interpretar”.²⁶³

Como puede observarse, dos términos son los que destacan: *vinculación de orden lógico y amplitud variable*. Lo que nos indica, *contrario sensu*, que la determinación del contexto no es estática, permitiendo con ello la entrada de nuevas disposiciones que afecten (positiva o negativamente) el *conjunto armónico*.

La Corte Interamericana, desde el inicio de su andadura jurisprudencial en materia consultiva, se ocupó de evidenciar la naturaleza especial que entrañan los tratados de derechos humanos frente a los tratados en general, lo que deriva también en el objeto y fin de la Convención Americana.²⁶⁴ Para ello recurre a los párrafos del Preámbulo, en los siguientes términos:

²⁶¹ GARCÍA ROCA, Javier, “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), op. cit., p. 28.

²⁶² CORRIENTE CÓRDOBA, José A., op. cit., p. 49.

²⁶³ Ídem.

²⁶⁴ Tiene sentido reproducir el Preámbulo de la Convención Americana en tanto es la fuente a donde se remite en lo fundamental el desarrollo y consideraciones que se hacen en este epígrafe. Dice lo siguiente: “Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, (1.º) Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; (2.º) Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; (3.º) Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han

“[Q]ue los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. *Su objeto y fin* son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.²⁶⁵

“Tales pareceres [de la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia] acerca del carácter especial de los tratados humanitarios y las consecuencias que de ellos se derivan, se aplican aun con mayor razón a la Convención Americana, cuyo Preámbulo, en sus dos primeros párrafos, establece: [...]”.²⁶⁶

3. Base democrática común de los Estados americanos

Pocas son las Constituciones de la región que no van antecedidas de preámbulos.²⁶⁷ De la lectura de estos, y más allá de sus notables diferencias formales (estilo y extensión), así como las deudas o rasgos históricos particulares, pueden advertirse en todos los textos preambulares referencias directas e indirectas a la democracia y a los derechos humanos.²⁶⁸

sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional; (4.º) Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y (5.º) Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia, Han convenido en lo siguiente: [...]”.

²⁶⁵ Opinión consultiva OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, del 24 de septiembre de 1982, párr. 29, cursivas no del original.

²⁶⁶ *Ibidem*, párr. 31.

²⁶⁷ Son los casos de Chile, México, Perú y Uruguay. Para la revisión he consultado la obra de TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier (dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, y la compilación de AGUIAR DE LUQUE, Luis y LÓPEZ GUERRA, Luis (eds.), *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, vols. I-II, 2009.

²⁶⁸ Entre los ejemplos más claros de referencias directas se presentan los casos de Panamá, Guatemala y Nicaragua. En el Preámbulo de la Constitución panameña, se establece lo siguiente: “Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, *asegurar la democracia* y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional [...]”; en tanto que en los preámbulos constitucionales guatemalteco y nicaragüense se usan frases,

En este sentido, los principios y valores manifestados en los preámbulos constitucionales americanos también se hacen presentes en el Preámbulo de la Convención Americana. Si se me permite decirlo, los Estados miembros han trasladado al nivel internacional los principios y valores que irradian su vida interna. Es decir, si los principios convencionales reconocidos en la CADH estuvieran en clara oposición con los pilares constitucionales de los Estados firmantes, estos, a su vez, hubieran rechazado incluirlos.

El proyecto original de Preámbulo para la Convención Americana no tuvo mayores problemas para ser aprobado, primero en sede de la Comisión encargada de su redacción, y luego en la sesión plenaria de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.²⁶⁹ Aquel proyecto de Preámbulo, sin embargo, no incluía la referencia concreta a la Declaración Universal, el lazo de unión entre los correspondientes esfuerzos regionales y los universales en la protección de los derechos humanos. Fue a partir de la observación que hiciera René Cassin de esta situación, en su calidad de asesor especial, que se abrió la discusión en la «Comisión I» y se presentaron por parte de las delegaciones de Brasil, Chile y Colombia propuestas de enmienda al párrafo respectivo y la adición de otro más (el párrafo cuarto actual).²⁷⁰ La trascendencia de este cambio (la inclusión de la Declaración Universal en el Preámbulo CADH) supuso la coordinación regional-universal en el reconocimiento de valores comunes para la tutela de los derechos humanos.²⁷¹

respectivamente, como: “[...] *decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos* dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho” y “La institucionalización de las conquistas de la Revolución y la construcción de una nueva sociedad que elimine toda clase de explotación y logre la igualdad económica, política y social de los nicaragüenses y *el respeto absoluto de los derechos humanos*” (cursivas no de los originales). Mientras que para una referencia indirecta puede citarse el caso de la Constitución argentina.

²⁶⁹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. *Actas y documentos*, Washington, Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2.

²⁷⁰ Véase “Intervención del profesor René Cassin en la primera sesión de la Comisión I celebrada el 10 de noviembre de 1969” (Doc. 34), Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. *Actas y documentos*, Washington, Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 153; también se contienen breves referencias de la discusión de las enmiendas al proyecto original de Preámbulo, pp. 284-285.

²⁷¹ Al respecto resulta interesante una de las conclusiones a las que llegan en su análisis comparado FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. y MÉNDEZ SILVA, Ricardo, “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), op. cit., p. 129, para quienes existe en ambos instrumentos regionales una base común cultural y de valores jurídicos, los cuales estuvieron presentes en la elaboración de la Declaración Universal.

Por otra parte, previamente es posible percibir el inicial acuerdo de los integrantes de la «Comisión I» con el proyecto original de Preámbulo presentado por la delegación de Colombia, donde se incluían principios y valores tan importantes como la democracia, la dignidad de la persona y la subsidiariedad de la protección internacional.²⁷² En otras palabras, no hubo desacuerdos o tensiones graves frente a la enunciación explícita de determinados fundamentos que definirían el objeto y fin de la Convención Americana. Los que ahora sirven de guía y contexto a la Corte Interamericana para fijar los alcances de interpretación y aplicación.

4. *Función interpretativa del Preámbulo convencional*

Reiterando lo dicho en párrafos previos, la práctica internacional viene conservando la tradición de incorporar o integrar al inicio de cada tratado, un preámbulo, donde se condensan las ideas principales, principios, objetivos y fines que se persiguen con su proclamación. Los convenios regionales de derechos humanos (el americano y el europeo) no son la excepción, siendo incluidos esos breves compendios ideológicos, reflejo del pensamiento y los sentimientos que irradian a todo el documento. Cossío Díaz entiende que tanto en los primeros textos constitucionales del constitucionalismo moderno (Estados Unidos y Francia) como en los textos actuales, los preámbulos cumplen un papel particular: ser la correa de transmisión entre la filosofía política y el texto constitucional; satisfaciendo funciones específicas tales como ser “[...] la forma utilizada por el constituyente para establecer, *ab initio*, cuáles eran sus fundamentos de legitimación, qué valores serían perseguidos, sobre qué bienes recaería su protección y, finalmente, qué objetivos pretendían alcanzarse socialmente”.²⁷³

²⁷² El reciente comentario de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos M., “Preámbulo”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), op. cit., pp. 35-36, también aborda la discusión del proyecto de Preámbulo y bien vale destacar que parte de las reflexiones finales a las que llegan respecto de su relevancia es que “[e]l hecho de dejar para el final la discusión de este dispositivo fundamental del ordenamiento interamericano, esto es, de decidir concluir primero la formación del articulado de la Convención para, después, iniciar con el proyecto de Preámbulo, habla de que ya los miembros de aquella Comisión entendían que estos párrafos no podían ser una mera presentación, un decorativo de esta carta de derechos”, ibídem, p. 40. A lo que puede agregarse que el Preámbulo literalmente no es una introducción, sino la conclusión del documento, solo que cambiándose metafóricamente la tradición al uso de las obras jurídicas y filosóficas escritas, no va al final, sino al principio.

²⁷³ Cfr. COSSÍO DÍAZ, José R., “México”, en TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier (dirs.), op. cit., pp. 276 y 280, respectivamente.

A pesar de la importancia que tiene el preámbulo para la comprensión general y de conjunto del documento, es un tema que suscita poco interés. Si como afirma Rodríguez Zapata, el preámbulo constitucional es un tema poco tratado o revisado,²⁷⁴ un tanto de lo mismo sucede con los preámbulos de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.²⁷⁵ Además es frecuente que las obras que analizan el articulado de la Convención Americana carezcan de un espacio específico dedicado al Preámbulo.²⁷⁶ Esta omisión puede tener origen en el entendimiento restringido del contenido jurídico de la Convención Americana, es decir, únicamente sería en el articulado donde se encontrarían los mandatos normativos que tienen que ser cumplidos, y es verdad, las disposiciones del Preámbulo no tienen la misma estructura normativa, sin embargo —como se describe más adelante— la práctica de la Corte de San José demuestra que el Preámbulo cumple una función relevante para la interpretación y aplicación de todo el articulado, facilitadora en la comprensión del contexto, una función previa de índole hermenéutica. En la teoría hermenéutica de Gadamer, los prejuicios desempeñan una función primordial en el proceso abstracto de comprensión, son condición de esta. Después de desmontar el entendimiento generalizado de los prejuicios como únicamente cargados de un matiz negativo, él argumentará que no son

²⁷⁴ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, “El preámbulo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARRIDO MAYOL, Vicente (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. I, 2004, p. 114. Aunque recientemente, como reacción ante un acontecimiento coyuntural (STC sobre el Estatuto de Cataluña, 31/2010, de 28 de junio, donde se aborda, entre otras cuestiones, la trascendencia y sentido del preámbulo estatutario en el orden constitucional español), la doctrina mostró interés en el tema, véase GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, “La incuestionable trascendencia de los Preámbulos constitucionales”, en LÓPEZ GUERRA, Luis, GARCÍA RUIZ, José L. y GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (dirs.), *Constitución y desarrollo político. Estudios en homenaje al profesor Jorge de Esteban*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1221-1245

²⁷⁵ Aquí principalmente se está pensando en el Convenio Europeo y la Convención Americana. Existen estudios relevantes en el sistema europeo (entre otros, el de CONSO, Giovanni, “Preambolo”, en BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto y RAIMONDI, Guido, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 5-21, y GARCÍA ROCA, Javier, “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio...”, op. cit., pp. 25-53), pero en el caso del sistema interamericano donde el interés de la comunidad americana crece significativamente en todos los rubros de análisis, la función y el papel del Preámbulo de la Convención Americana es una cuestión pendiente.

²⁷⁶ Por ejemplo, COLAUTTI, Carlos E., *El Pacto de San José de Costa Rica: protección a los derechos humanos*, Buenos Aires, Lerner, 1989, y WLASIC, Juan C., FERNÁNDEZ PUENTES, María E. y LANZA, Daniel A., *Convención Americana sobre Derechos Humanos: anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario (Argentina), Juris, 1998. De igual forma sucede en los repertorios de jurisprudencia, donde no aparece la sistematización pertinente: GROSSMAN, Claudio et al., *Repertorio de jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos 1980-1997*, Washington, American University, t. I-II, 1998. Una excepción a esto, es STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), op. cit., aunque cabe señalar que el comentario correspondiente no entra a la sistematización del uso del Preámbulo en la jurisprudencia de la CorteIDH.

juicios falsos *per se*, desprovistos de fundamento y razón, por lo que existirían los «prejuicios legítimos», prejuicios cargados de un matiz positivo. Esos que sirven a la preestructura de la comprensión, un momento anterior a la comprensión y ulterior interpretación de un texto.²⁷⁷ Por lo que desatender los efectos del Preámbulo en la interpretación de los derechos, como forma integrante de la CADH, repercute en el entendimiento sistemático y comprensivo de todas las piezas.

5. Utilización de las disposiciones del Preámbulo en la jurisprudencia interamericana

Puede decirse que la Corte Interamericana acude con frecuencia a las disposiciones del Preámbulo convencional (y a los preámbulos de otros instrumentos, interamericanos e internacionales). Lo ha hecho a lo largo de su trabajo consultivo y contencioso. En una primera etapa, las disposiciones preambulares ayudaron a los intérpretes interamericanos a fijar un marco contextual dentro del cual debía entenderse y aplicarse la protección internacional de los derechos. Es decir, se les asignó una función de soporte y fundamento sistémico, ya que en estas se encontraban sintetizados los principios y valores que han guiado a los Estados miembros en la conformación del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Posteriormente, en la etapa de las sentencias de los casos contenciosos (a la par del desarrollo sostenido de la jurisdicción interamericana y el asentamiento de la democracia en la región), el uso de las disposiciones preambulares disminuye paulatinamente.

Esta situación, desde mi punto de vista, puede tener explicación en la aceptación tácita por parte de los operadores jurídicos de la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana del texto preambular o en la propia madurez del sistema, que cada vez

²⁷⁷ Véase GADAMER, Hans-Georg [1960], *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 4a. ed., traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991, epígrafe 9 “La historicidad de la comprensión como principio hermenéutico”, pp. 331-377, en específico pp. 337 y 344. Es en este sentido que cabe entender la afirmación de García Roca: “[h]ablar del Preámbulo es también un pretexto para obtener una visión general y panorámica, para «comprender» antes de «interpretar» y aplicar las disposiciones escritas del Convenio y de los posteriores Protocolos, el llamado sistema del Convenio”, GARCÍA ROCA, Javier, “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio...”, op. cit., p. 27. El comprender está en el sustrato hermenéutico.

con mayor ímpetu sus esfuerzos se dirigen hacia otras problemáticas y retos,²⁷⁸ sin tener la necesidad de volver sobre los pasos dados en materia de principios, valores y fundamentos primarios, los cuales no han sido cuestionados.

A. *La etapa consultiva*

La Corte Interamericana desde el inicio de su andadura consultiva se preocupó por evidenciar la compatibilidad y la tendencia de integración entre el sistema interamericano (como sistema regional) y el sistema universal de derechos humanos.²⁷⁹ Así se asienta en la primera resolución que emite la Corte Interamericana²⁸⁰ y donde de alguna forma tenía la oportunidad de ir fijando criterios:

“Por otra parte, el fondo mismo de la materia se opone a una distinción radical entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional. De modo que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional. Por ello, se reclama la existencia de ciertos patrones mínimos en esta materia. El Preámbulo del Pacto de San José recoge inequívocamente esta idea cuando reconoce que los derechos esenciales del hombre «tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional...»”.

“En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que «han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional»”.

²⁷⁸ Son múltiples y de diversa materia y grado. Pero de forma general, pueden advertirse las siguientes: las limitaciones del sistema para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales; el alcance e implementación del control de convencionalidad; el cumplimiento de las sentencias; la legitimidad tanto de la Comisión como de la Corte; etcétera.

²⁷⁹ Sobre la compatibilidad y coexistencia de los sistemas, véase GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana...*, op. cit., epígrafe “Universalismo y regionalismo en materia de promoción y protección de derechos humanos”, pp. 13 y ss., en específico p. 18 (párr. 10).

²⁸⁰ Opinión consultiva OC-1/82, *Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 24 de septiembre de 1982, párrs. 40 y 41.

En ese mismo año de 1982, en la siguiente opinión consultiva,²⁸¹ la Corte Interamericana recurre a varios párrafos del Preámbulo para enfatizar la importante cuestión de la naturaleza especial de la Convención Americana como un tratado internacional de derechos humanos, así como su objeto y fin.²⁸²

Estos elementos son particularmente relevantes cuando se trata de dilucidar el alcance de las disposiciones convencionales relativas a restricciones en el ejercicio de los derechos. En este sentido, en 1985,²⁸³ la Corte Interamericana recurre a las disposiciones del Preámbulo para reforzar el sentido del objeto y fin de la Convención Americana, así como fijar el contexto interpretativo:

“[...] la Corte analizará el significado de la expresión «necesarias para asegurar», empleada en el mismo artículo. Para ello debe considerarse el objeto y el fin del tratado teniendo presentes los criterios de interpretación resultantes de los artículo 29 c) y d) y 32.2 [...]. Igualmente debe tenerse presente lo señalado en el Preámbulo donde los Estados signatarios reafirman «su propósito de consolidar, en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre»”.

*“Esas disposiciones representan el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2. Se desprende de la reiterada mención a las «instituciones democráticas», «democracia representativa» y «sociedades democráticas» que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es «necesaria para asegurar» uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas”.*²⁸⁴

Precisamente la fijación de ese «contexto» también ofrece la posibilidad de otorgarle un sentido específico a las expresiones o conceptos generales insertos en el articulado de la Convención Americana (leyes, bien común y orden público).²⁸⁵ En este sentido, la Corte Interamericana afirma:

“No es posible desvincular el significado de la expresión **leyes** en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención «de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad

²⁸¹ Opinión consultiva OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), de 24 de septiembre de 1982.

²⁸² Cuestión que ya fue enunciada con anterioridad.

²⁸³ Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos), de 13 de noviembre de 1985.

²⁸⁴ *Ibíd.*, párrs. 41 y 42, respectivamente, cursivas no del original.

²⁸⁵ Véase la Opinión consultiva OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986, párrs. 26 y 30.

personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre» (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un «principio» reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema”.²⁸⁶

Por lo que, así como no es posible desvincular el significado de expresiones y conceptos relevantes de los propósitos del texto convencional, el Preámbulo sirve como punto de unión o conexión de los principios que informan el sistema interamericano, es decir, los principios rectores expresados también en otros instrumentos interamericanos (como la Carta OEA o la Declaración Americana), vínculos que no pueden dejarse de tomar en cuenta.²⁸⁷ Desde esta perspectiva funcional, la Convención Americana es autónoma y suficiente, pero tiene vínculos indisolubles con un contexto más amplio de principios, que podemos denominar generales. En otras palabras, el Preámbulo proporciona un marco contextual al cual acudir obligatoriamente para encontrar los principios que informan a la Convención Americana, como parte del contexto interamericano.²⁸⁸

Ahora bien, la relación existente de la Convención Americana con la Declaración Americana fue abordada por la Corte Interamericana en la **Opinión consultiva OC-10/89**.²⁸⁹ Lo hace en un aspecto muy concreto, que es el de verificar el alcance de la Declaración Americana, pero esto permite observar el papel desempeñado por el Preámbulo como puente de conexión entre los instrumentos del *corpus iuris*

²⁸⁶ *Ibidem*, párr. 34, destacado del original.

²⁸⁷ Ya en la Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985, párr. 44, la Corte Interamericana afirmó: “Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.

²⁸⁸ En la Opinión consultiva OC-8/87, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 30 de enero de 1987, párr. 20, la Corte Interamericana enfatiza: “[...] dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del «ejercicio efectivo de la democracia representativa» a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de «consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre». La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”.

²⁸⁹ Opinión consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 14 de julio de 1989.

interamericano, más cuando en la Convención Americana se encuentran referencias específicas como en el caso de la Declaración Americana.²⁹⁰ Algunos años antes de la publicación de esta resolución, Buergenthal, uno de los participantes en la redacción de la Declaración Americana ya había señalado los vínculos existentes (conceptual y normativo) entre ambos instrumentos. Respecto al normativo lo sustenta principalmente, pero no solo, en disposiciones del artículo 29 (incisos c y d) y del Preámbulo de la Convención Americana: “A mi modo de ver, el lenguaje de estas dos disposiciones, leídas junto con el Preámbulo de la Convención, indica muy claramente que el propósito de la Declaración Americana es el de servir de principal fuente normativa en la interpretación e implementación de la Convención y que se puede recurrir a aquella para llenar las lagunas normativas de ésta”.²⁹¹

Dicho lo anterior, ahora se tiene que dar un considerable salto temporal para volver a encontrar en resoluciones consultivas indicaciones en torno a la interpretación y utilización del Preámbulo CADH. Es decir, en las opiniones consultivas emitidas durante la década de los noventa (de la OC-11/1990 a la OC-16/1999) no hay mención alguna. Situación similar acontece con las pronunciadas en la siguiente década (de la OC-17/2002 a la OC-20/2009); exceptuándose una mención marginal de confirmación²⁹² y las consideraciones del entonces juez interamericano Cançado Trindade en un *voto concurrente*, quien entiende, apoyándose en Bobbio, que es especialmente en los preámbulos de los instrumentos internacionales de derechos humanos donde se encuentran perfectamente identificables y explicitados los valores, los ideales que los inspiraron, o enunciados sus fundamentos o principios generales.²⁹³ En la reciente, y última emitida por la Corte Interamericana,²⁹⁴ **Opinión consultiva**

²⁹⁰ Así, la Corte Interamericana manifiesta: “El hecho de que la Declaración no será un tratado no significa necesariamente que deba llegarse a la conclusión de que la Corte no puede emitir una opinión consultiva que contenga interpretaciones de la Declaración Americana” y “[e]n efecto, la Convención Americana hace referencia a la Declaración en el párrafo tercero de su Preámbulo [...]. Y en el art. 29. d) [...]. De lo anterior se desprende que, al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración”, *ibídem*, párrs. 35 y 36, respectivamente.

²⁹¹ BUERGENTHAL, Thomas, *op. cit.*, p. 115.

²⁹² Véase Opinión consultiva OC-17/2002, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, de 28 de agosto de 2002, párr. 56.

²⁹³ *Voto concurrente* a la Opinión consultiva OC-17/2002, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, de 28 de agosto de 2002, párr. 67 (y nota al pie 202). La obra citada es BOBBIO, Norberto, “Il Preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 57, 1974, pp. 437-440.

²⁹⁴ Actualmente se encuentra en fase de tramitación la consulta solicitada por Panamá a la Corte Interamericana, en abril de 2014, y que dará lugar a la Opinión consultiva OC-22. Con esta opinión consultiva, la Corte Interamericana tendrá ocasión de analizar una vieja e interesante cuestión latente en el sistema de la Convención Americana, que es el *status* de las personas jurídicas, como titulares de

OC-21/14, el Preámbulo sigue conservando su carácter central en la precomprensión y en la orientación de las obligaciones generales y principios rectores que emanan de la CADH.²⁹⁵ Hasta aquí la revisión del itinerario del Preámbulo convencional con el prisma de la competencia consultiva.

B. La etapa contenciosa

Veamos ahora a lo resuelto en materia contenciosa. De forma similar a lo acontecido con las primeras opiniones consultivas, la Corte Interamericana tuvo la necesidad de ir delimitando y perfilando las bases que la definen como una jurisdicción internacional de derechos humanos.

En este sentido, la única referencia expresa en el texto de la Convención Americana donde se menciona la naturaleza subsidiaria del sistema interamericano de derechos humanos se encuentra en el Preámbulo.²⁹⁶ Por ende, es a donde la Corte de San José se remite para asentar y reafirmar el carácter subsidiario, coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional que esta ejerce.²⁹⁷ Más adelante

derechos. Tópico que, ante el claro desarrollo expansivo de los derechos protegidos por la CADH, cobra nuevos bríos y genera dudas sobre la oportunidad de abrigar tal hipótesis (aquí no hay que olvidar que en el sistema del Convenio Europeo existe esta opción). Ya en otra parte del trabajo se había mencionado que las personas jurídicas, como tales, no encuentran reconocimiento expreso como sujetos de los derechos reconocidos en la CADH. Sobre las cuestiones generales y las preguntas específicas manifestadas por el gobierno panameño, véase *Solicitud de opinión consultiva del gobierno de la República de Panamá*, de 28 de abril de 2014, http://corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_11_14_esp.pdf, consultada el 6 de marzo de 2015.

²⁹⁵ Opinión consultiva OC-21/14 *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de 19 de agosto de 2014, párr. 67.

²⁹⁶ En el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, de 6 de diciembre de 2001, párr. 33, asienta: “[...] si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, la protección internacional es «coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su «aprobación» o «confirmación»”.

²⁹⁷ Por lo que la regla del previo agotamiento de los recursos internos queda supeditada a su relación con el llamado principio de subsidiariedad: “La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta «coadyuvante o complementaria» de la interna (Convención Americana, Preámbulo)”, véase la triada de sentencias contra Honduras: *Velásquez Rodríguez* (Fondo), de 29 de julio de 1988, párr. 61, *Fairén Garbi y Solís Corrales* (Fondo), de 15 de marzo de 1989, párr. 85, y *Godínez Cruz* (Fondo), de 20 de enero de 1989, párr. 64; de forma más reciente, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, párr. 16.

utilizará el Preámbulo para rechazar pretensiones de los Estados demandados contrarias al ámbito de protección de los derechos humanos.²⁹⁸

En otro orden de ideas, Roux Rengifo, antiguo juez interamericano, entendió que a partir de la relación del Preámbulo de la Convención Americana con otras referencias explícitas a la democracia contenidas en el articulado (arts. 29.c –forma democrática representativa de gobierno– y 32.2 –en una sociedad democrática) el vínculo entre derechos y libertades protegidos por el propio texto convencional con la democracia representativa no se limita o debe entenderse desde la lectura aislada del artículo que reconoce los derechos políticos, en tanto existe “un compromiso de la Convención con la democracia política representativa que va más allá de lo que podría colegirse del mero artículo 23, referente a los derechos políticos del individuo (votar y ser elegido, etc.)”.²⁹⁹

Posteriormente, casi una década después, dos casos resueltos en fechas muy cercanas muestran con claridad la guía importante del Preámbulo para determinar los alcances del articulado de la Convención Americana. En el primero de estos, **Caso Ricardo Baena y otros**, la Corte Interamericana cita concretamente el primer párrafo del Preámbulo para evidenciar algunos de los principales propósitos hacia donde se dirige el texto y con ello analizar si el artículo 9 CADH es aplicable a la materia

²⁹⁸ En el **Caso Velásquez Rodríguez**, párr. 144, estima: “Por otra parte, algunos de los señalamientos del Gobierno carecen de fundamentación en el ámbito de la protección de los derechos humanos. No es admisible que se insinúe que las personas que, por cualquier título, acuden al sistema interamericano de protección a los derechos humanos estén incurriendo en deslealtad hacia su país, ni que pueda extraerse de este hecho cualquier sanción o consecuencia negativa. Los derechos humanos representan valores superiores que «no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana» (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerando y Convención Americana, Preámbulo)”; también **Caso Fairén Garbí y Solís Corrales**, párr. 142.

²⁹⁹ *Voto concurrente* del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo a la sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (Fondo, reparaciones y costas), de 30 de mayo de 1999. Asimismo, teniendo en mente lo anterior este juez propone una lectura diferenciada y por segmentos del texto convencional: “Todo esto conduce a la constatación de que la Convención Americana establece tres esquemas normativos de protección: en primer lugar, el que obra en los artículos referentes a los distintos derechos amparados (artículos 3 a 25); en segundo lugar, el plasmado en los artículos 1.1 y 2, que consagran el deber de respetar y garantizar dicho derechos y el de adoptar las disposiciones y medidas internas que sean necesarias para tales fines; y en tercer lugar, el que, de acuerdo con lo planteado en el párrafo anterior, vincula de alguna manera la protección de los correspondientes derechos a un entorno de democracia política”. Aunque no nos dice precisamente cuál sería el objetivo de hacer esta distinción, bien puede advertirse la utilización del contenido del Preámbulo para fundamentar sus consideraciones.

sancionatoria administrativa, ya que de su simple lectura se puede entender que en los términos que está redactado se refiere exclusivamente a la materia penal.³⁰⁰

En el segundo, **Caso Tribunal Constitucional**, donde la Corte Interamericana tenía que establecer el alcance de la obligación del artículo 1.1 respecto a la obligación de respetar y garantizar los derechos, acude al Preámbulo para verificar la conducta del Estado.³⁰¹

Cuando se trata de atribuir responsabilidad internacional al Estado, la Corte Interamericana tiene a su alcance dos bloques de normas para la interpretación y aplicación de la Convención Americana, de un lado se encuentran las proporcionadas por el *derecho internacional general* y, por el otro, las particulares del *derecho internacional de los derechos humanos*. Siendo el Preámbulo uno de los centros que dan acceso a esta posibilidad.³⁰²

Entonces para saber cuándo optar entre unas y otras, la Corte Interamericana reafirma su doctrina sobre el *carácter especial* de la Convención Americana, destacando que, al igual que los demás tratados de derechos humanos, “se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano)”.³⁰³ Valores que, cabe recordar, se encuentran asentados en los preámbulos de estos tratados. Más adelante el tribunal nos indica: “Esta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de

³⁰⁰ *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Fondo, reparaciones y costas), de 2 de febrero de 2001, párr. 105 y 106.

³⁰¹ Lo hace en los términos siguientes: “Para establecer si la conducta del Estado en el caso en análisis se ajustó o no la Convención Americana, esta Corte considera oportuno recordar que el Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados Americanos de «consolidar en [el] Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre». Este requerimiento se ajusta a la norma de interpretación consagrada en el artículo 29.c de la Convención”, *Tribunal Constitucional vs. Perú* (Fondo, reparaciones y costas), de 31 de enero de 2001, párr. 111.

³⁰² Véase *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005, párr. 107 (y nota al pie 186). Para Cançado Trindade, el preámbulo convencional permite a los intérpretes de la Convención Americana la confluencia y aplicación «concomitante» de principios generales del derecho, tanto universales como regionales: “El propio preámbulo de la Convención Americana se refiere expresamente a los principios reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales, «tanto de ámbito universal como regional» (párr. 3). También se refiere a obligaciones impuestas por el derecho internacional (artículo 27), así como a los «principios del derecho internacional generalmente reconocidos» (artículo 46 (1)(a)). En efecto, los principios generales del derecho orientan todo y cualquier sistema jurídico, y guían el derecho tanto convencional como general. Estos dos se aplican concomitantemente, y el hecho de que un principio general del derecho encontró expresión en convenciones multilaterales no lo priva de su continuada aplicación como principio de derecho internacional consuetudinario; el derecho internacional general continúa a aplicarse *pari passu* con el convencional”, *Voto razonado* a la sentencia del caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (Fondo), de 29 de abril de 2004, párr. 28.

³⁰³ *Ibidem*, párr. 104.

implementación colectiva, conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin [...]”.³⁰⁴ Por lo que:

“Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-à-vis* el Derecho internacional general”.³⁰⁵

En suma, las disposiciones del preámbulo convencional americano, al formar parte integrante de un texto de aplicación preferente en materia de protección de derechos humanos, en pura lógica también gozarían de este carácter frente a las disposiciones de otros preámbulos del Derecho internacional general.

Con lo descrito hasta aquí, bien puede decirse que cuando se trata de buscar e *identificar los principios y valores* que se encuentran en la esencia de la protección de derechos humanos, la Corte Interamericana acude constantemente en sus evaluaciones y consideraciones a los preámbulos convencionales. Desde donde, conforme con los parámetros contenidos en estos (fines y propósitos), comienza a delimitar el apego de los actos y acciones de los Estados demandados.³⁰⁶

Además, la función del Preámbulo se expande en una guía sólida para el establecimiento de los linderos de las propias definiciones del texto convencional en uso. Para corroborarlo vale la pena mencionar el siguiente párrafo:

“En definitiva, la Corte estima que, tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana [sobre Desaparición Forzada de Personas] señalada, ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición

³⁰⁴ Ibídem, párr. 105.

³⁰⁵ Ibídem, párr. 107, cursivas del original. Asimismo, SSCorteIDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú* (competencia), de 24 de septiembre de 1999, párr. 42 y *Tribunal Constitucional vs. Perú* (competencia), de 24 de septiembre de 1999, párr. 41.

³⁰⁶ Valga de ejemplo SCorteIDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay* (Fondo, reparaciones y costas), de 22 de septiembre de 2006, párr. 72, donde el tribunal manifestó: “La Corte observa que, en absoluta contradicción con los principales fines y propósitos de la organización de la comunidad internacional, establecidos a niveles universal en la Carta de Naciones Unidas y regional en la Carta de la OEA y la misma Convención Americana, durante la década de los setenta los servicios de inteligencia de varios países del Cono Sur del continente americano conformaron una organización inter-estatal con fines criminales complejamente articulada, cuyos alcances continúan revelándose hoy en día; es decir, se dio una práctica sistemática de «terrorismo de Estado» a nivel inter-estatal”.

forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*”.³⁰⁷

III. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Otro principio relevante que ordena a los derechos democráticos en el contexto convencional interamericano es, sin duda, el principio de igualdad y no discriminación. Por lo que el derecho de sufragio pasivo no es ajeno a las exigencias de los postulados de ese principio en la regulación y operación de asuntos clave de las elecciones,³⁰⁸ antes bien, todo lo contrario, paulatinamente pero con gran intensidad el reparto de un bien social escaso, como lo son los cargos de elección popular, se encuentra hoy mejor distribuido, por lo menos en cuanto a la situación de género se trata. En este sentido, desde ahora se debe mencionar que la influencia o el impulso que el principio de igualdad y no discriminación ejerce sobre el ámbito electoral puede mirarse en dos planos superpuestos, uno más teórico y asentado en las relaciones que se establecen entre derechos (derecho de sufragio pasivo-derecho de igualdad, derecho de sufragio pasivo-derecho a la no discriminación), que puede denominarse como influencia interna, y otro más práctico, que es una influencia externa, en el procedimiento electoral, que va adecuando el marco normativo y las prácticas políticas a sus exigencias.

1. *Sobre el concepto de igualdad política*

Debido a la amplitud del concepto de igualdad y el extenso uso que de él se hace en diversas áreas, de manera obligada aparece la pregunta básica sobre el sentido de la igualdad adoptado en este trabajo ¿De qué tipo de igualdad se habla? Por ello, debe decirse que la igualdad de interés para este apartado principalmente es la que tiene

³⁰⁷ Ibídem, párr. 84, cursivas del original.

³⁰⁸ Según Sánchez Muñoz, el mandato de igualdad de oportunidades tendría aplicación principalmente en tres cuestiones de especial trascendencia para las elecciones, el financiero (financiamiento de las campañas electorales y los partidos políticos), el mediático (campañas electorales y encuestas electorales) y la neutralidad de los poderes públicos en la campaña electoral, cfr. SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, op. cit., respectivamente, pp. 177, 243 y 314, y 281.

alcance en el contexto de la participación política, esto es, la *igualdad política* de los ciudadanos, que cobra sentido en la relación con conceptos como el de «acceso» y el «oportunidades», es decir, el *igual acceso de los ciudadanos a* (por ejemplo, igual acceso de los ciudadanos al poder político) o la *igualdad de oportunidades en* (por ejemplo, igualdad de oportunidades en la difusión pública de las ideas políticas), a propósito, por supuesto, del derecho a ser elegido. En este sentido, de inicio, queda descartada la desigualdad política –latente– que existe entre los ciudadanos y los extranjeros en el ejercicio de este derecho, pues, como ya se hizo alusión a ello, es un problema de titularidad de derechos. Y también, en alguna medida, se guarda cierta distancia del principio general de igualdad de todos los seres humanos, consagrado en los principales instrumentos de derechos humanos³⁰⁹ y en la propia Convención Americana, en su artículo 24.

No debe perderse de vista que nos encontramos en un contexto específico y bien definido, que no es otro que el democrático. Schmitt habla de la «igualdad democrática», uno de los conceptos fundamentales de la democracia,³¹⁰ y en su teorización de tal concepto hay unos rasgos lógicos que bien vale traer a este trabajo, a saber, el *pueblo* como la posibilidad de distinción³¹¹ y, a su vez, factor de homogeneidad, y el carácter sustancial de la igualdad democrática. Respecto del primero, es el concepto que permite distinguir la pertenencia/exclusión de las personas que pueden considerarse como integrantes de un pueblo determinado, por lo que es justamente en el pueblo donde cabe encontrar la igualdad democrática, no en la distinción con las personas ajenas a ese pueblo, que por definición no participan de esa igualdad.³¹² Ahora bien, para Schmitt es una «igualdad sustancial» porque los

³⁰⁹ Por ejemplo, el artículo 1 de la Declaración Universal o el artículo 26 del PIDCP. En la Convención Europea, como se sabe, no hay referencia directa o expresa a este principio sino la consagración de la prohibición de discriminación (art. 14), aunque posteriormente, según Carmona Cuenca, debe entenderse “consagrado el principio de igualdad en toda su amplitud” con el Protocolo núm. 12 al CEDH, y en vigor desde el 1 de abril de 2005, CARMONA CUENCA, Encarna, “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), op. cit., p. 736.

³¹⁰ SCHMITT, Carl, op. cit., pp. 294 y ss.

³¹¹ Según Schmitt, la clave se encuentra en el criterio que permita llevar a cabo las distinciones y delimitaciones específicas en un campo determinado, ya que “Toda igualdad recibe su significación y sentido mediante el correlato de una posible desigualdad”, *ibídem*, p. 295.

³¹² Al respecto, Schmitt señala que “[...] la democracia política no puede basarse en la indistinción de todos los hombres, sino sólo en la pertenencia a un *pueblo determinado*, si bien cabe que sea determinada esa pertenencia a un pueblo por muy diversas notas (ideas de raza, de fe comunes, de destino y tradición comunes). La *igualdad* que corresponde a la esencia de la democracia se dirige por eso siempre al *interior*, y no hacia fuera: *dentro* de un Estado democrático son iguales todos los súbditos”, *ídem*, cursivas del original.

ciudadanos son partícipes de la sustancia de la igualdad democrática a través de su materialización o concreción en los distintos supuestos que dispone el ordenamiento (él señala: igualdad de la ley, voto igual, sufragio universal, servicio militar obligatorio, igualdad para el acceso a los cargos públicos; que “son casos de aplicación, pero no la esencia de la igualdad democrática”).³¹³ Sobre el factor de homogeneidad, es el contenido o la sustancia de la igualdad que todavía se encuentra presente en nuestra época, donde hay una correspondencia entre homogeneidad y nacionalidad.³¹⁴

Sin embargo, hasta aquí me parece que puede llegarse con la explicación proporcionada por el citado autor, ya que no se pretende ahondar en estas categorías y sus consecuencias sino a partir de lo dicho derivar el principio de distinción hacia ese interior, dentro del Estado democrático, no ya en términos de homogeneidad nacional sino del acceso y las oportunidades de los ciudadanos en la esfera política, en concreto de la igualdad para ser elegido, un caso de aplicación –como diría Schmitt– de la igualdad democrática.

2. Igualdad y no discriminación

Si bien en el título aparecen unidos, igualdad y no discriminación, son principios que tienen vida teórica y normativa propia, aunque no del todo de forma independiente. En efecto, ambos se condicionan y se complementan,³¹⁵ son en alguna medida indisoluble el uno del otro, por lo menos en el terreno forense. En el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana establece un mandato

³¹³ Cfr. *Ibíd.*, p. 296.

³¹⁴ Aquí Schmitt dirá que “Si la nación es concebida como sustancia de la igualdad democrática, resultarán de ello consecuencias prácticas de especial naturaleza. Un Estado democrático que encuentra los supuestos de su democracia en la homogeneidad de sus ciudadanos se corresponde con el llamado principio de la nacionalidad, según el cual una nación forma un Estado y un Estado encierra dentro de sí una nación”, *ibíd.*, p. 300.

³¹⁵ Para Gros Espiell, el artículo 1 (donde se afirma el principio de no discriminación) debe entenderse de forma coordinada con el artículo 24, lo que “[...] constituye el fundamento de la plena y total recepción del principio de no discriminación en la Convención americana, principio que se aplica al reconocimiento y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto de San José”, GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana...*, op. cit., pp. 69 y s. En el nivel de la Declaración Universal, véase CANOSA USERA, Raúl, “Igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Interpretación y garantías constitucionales*, México, Porrúa, 2013, pp. 302 y ss.

estricto de prohibición de discriminación en el artículo 1.1.³¹⁶ Asimismo, en el artículo 24 reconoce el derecho de igualdad ante la ley.³¹⁷ Además, en el caso de algunos artículos se establece un mandato específico de respeto y cumplimiento de la igualdad, que sería el mandato general del principio de igualdad aplicado a una materia específica. Este último sería el caso del artículo 23 CADH, que en su redacción incluye la cláusula “en condiciones generales de igualdad”. Adicionalmente, el artículo 3.1 Carta OEA señala que uno de los principios de la Organización es el de que “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

Por ello, estos se presentan íntimamente vinculados en la dinámica de los derechos humanos, teniendo una notable relevancia en la interpretación que hace la Corte Interamericana del contenido de los derechos reconocidos en la Convención Americana:

“[...] el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”.³¹⁸

³¹⁶ Dicho artículo 1.1. señala que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

³¹⁷ El artículo 24 establece que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. La contextualización de este artículo y su revisión con las resoluciones de la Corte Interamericana, véase UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz M., “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), op. cit., pp. 579-605.

³¹⁸ Opinión consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, párr. 101, cursivas del original, y más recientemente SCorteIDH, *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile* (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de mayo de 2014, párr. 197. En lo que se refiere al listado de criterios prohibidos de discriminación, la Corte Interamericana introdujo ciertas variaciones respecto de lo señalado en el artículo 1.1 CADH, sin embargo, como sostiene parte de la doctrina lo hizo sin indicar las razones, argumentos o fundamentos que justificarían esos cambios (al incluir nuevas categorías, modificar otras y quitar

Lo que ya en definitiva viene el Tribunal a indicar es que no hay lugar o reducto del ordenamiento jurídico que pueda escapar a la estructuración o su ordenación conforme a ese principio, ya que lo «permea todo». Asimismo, en el reciente **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche)**,³¹⁹ proporciona una *definición esencial de discriminación*, basándose en los principales instrumentos internacionales en esta materia (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) y tomando en consideración lo hecho por el Comité de Derechos Humanos en la *Observación General No. 18, No discriminación*, de 10 de noviembre de 1989, para decir que “[...] discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en los motivos prohibidos que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera”.³²⁰ Con lo que parece claro que son principios y derechos complementarios, cada uno es acompañante del otro, y aunque tengan su espacio y ámbito jurídico propio, en la práctica son inseparables.

3. Igualdad de la mujer y cuotas electorales

Desde la perspectiva del derecho a la no discriminación, la doctrina encuentra en este derecho el generador de las obligaciones estatales de implementar acciones positivas,³²¹ a través de las cuales, “[...] el Estado puede compensar la situación de desigualdad de oportunidades en la que un grupo humano se encuentra, así como asegurar ciertos puestos estratégicos en la sociedad a los miembros de aquellos grupos

palabras), véase DULITZKY, Ariel E., “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 3, 2007, pp. 17 y ss.

³¹⁹ SCorteIDH, *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile* (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de mayo de 2014.

³²⁰ *Ibidem*, párr. 198.

³²¹ Cfr. TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, “El derecho fundamental a no ser discriminado: estructura y contenido jurídico”, en VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. II, p. 275.

subrepresentados”.³²² Y en ese panorama más general de las medidas de acción positiva cabe ubicar las *discriminaciones inversas* que durante las últimas décadas se han venido implementando en el terreno político,³²³ esto es, las llamadas cuotas electorales,³²⁴ propiamente no se derivarían del núcleo del derecho de sufragio pasivo sino del principio de igualdad y no discriminación.

Lo que vendría a llamarse avances en el ejercicio igualitario del derecho de sufragio pasivo, ciertamente vienen impulsados desde espacios distintos del propio núcleo de este derecho. Es decir, el crecimiento continuado del derecho a la no discriminación en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos ha servido de soporte y de “[...] instrumento que en el plano de los hechos resulta de vital importancia para alcanzar el ideal de la equidad y la justicia social”.³²⁵ Instrumento que, en el plano de los derechos políticos, han hecho valer principalmente el colectivo de las mujeres para derribar las barreras y obstáculos que impedían su participación sustancial en la discusión de los asuntos públicos.³²⁶ En este sentido, a pesar de que la estructura jurídica del derecho de sufragio pasivo se encuentra más interesada en darle operatividad al principio democrático, sin cuestionar la condición social, económica o de sexo de quienes acceden a los cargos de representación política, no es hermético frente a dichas problemáticas. Al contrario, en muchas ocasiones, en las distintas redacciones en que se consagra dicho derecho en las Constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos se establece una vía de acceso a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, expresiones como “oportunidades” y “en condiciones de igualdad” son las ventanas que permiten la entrada del haz de la luz igualitaria y antidiscriminatoria,

³²² Ibídem, p. 274.

³²³ Sin entrar en la discusión terminológica respecto de la distinción o no que puede haber entre «acciones positivas» y «discriminación inversa», referida por Rey Martínez, aquí sigo precisamente a este autor, al decir que “La discriminación inversa es una variedad específica de las acciones positivas, más incisiva y eficaz, que adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes”. Y aludiendo a las cuotas en materia política como “la medida genuina de las discriminaciones inversas”, REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 85.

³²⁴ Véase, en general, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, prólogo de Ignacio Torres Muro y Francisco J. Matia Portilla, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012 y MARTÍNEZ ALARCÓN, María L., *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados-Senado, 2006. Torres Muro se muestra crítico con las resoluciones del Tribunal Constitucional español en este rubro, TORRES MURO, Ignacio, “Nuevas cuestiones del derecho de sufragio pasivo”, op. cit., pp. 137-179.

³²⁵ TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, op. cit., 260.

³²⁶ Con un enfoque más filosófico, pero que permite advertir la influencia del pensamiento feminista en la apertura de derechos que en otros contextos históricos servían como reductos tradicionales de exclusión de las mujeres, TRIMIÑO VELÁSQUEZ, Celina de J., *Aportaciones del feminismo liberal al desarrollo de los derechos políticos de las mujeres*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013.

transformando al derecho de sufragio pasivo –que como se ha podido advertir en el capítulo previo es uno de los soportes del sistema democrático representativo– en uno de los espacios más claros donde las acciones afirmativas tienen trascendencia.³²⁷

Por ello, en las últimas décadas, en lo que bien podría llamarse la *segunda lucha* en materia de derechos políticos (en tanto la *primera lucha* fue hacer efectiva la universalidad del derecho de voto, es decir, el que a todas las mujeres se les reconociera este derecho y, por supuesto, lo pudieran ejercer),³²⁸ el contenido de los estudios dedicados a los derechos políticos de las mujeres³²⁹ esencialmente está enfocado en el derecho de sufragio pasivo, es decir, en el acceso de las mujeres a los cargos de elección popular. En este sentido, las cuotas electorales, como especie específica de las medidas de discriminación positiva que inciden en el ámbito político, son el centro de atención en el ejercicio de ese derecho por el colectivo de las mujeres. Por lo que de la eficacia en la aplicación de las cuotas electorales en los diferentes sistemas electorales depende la mayor o menor representatividad de las mujeres en los altos cargos de elección popular, esto es, en los parlamentos nacionales. De allí su primera importancia, aunque no la única.

Las cuotas electorales definitivamente buscan abrir espacios de poder político a las mujeres y reservarles a través del establecimiento en las leyes de un número determinado (sea en porcentaje o en términos de paridad) de lugares en las candidaturas

³²⁷ Ruiz Miguel argumenta que, no obstante los resultados positivos generados por las cuotas electorales en el equilibrio de la repartición de los cargos de elección popular, lo que vendría a cuestionar el seguir manteniéndolas, resulta conveniente continuar aplicándolas en el ámbito político en tanto tendrían impacto importante en otros ámbitos donde aún existe poca o nula participación de la mujer, cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Sobre las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres”, en SANTIAGO JUÁREZ, Mario (coord.), *Acciones afirmativas*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011, pp. 183. La posición de Biglino Campos quizás también se encuentre en sintonía con esta línea de un entendimiento más amplio, y con mayor alcance social (no circunscrito únicamente al circuito representativo), de la composición equilibrada de las listas electorales, en el contexto de la idea de democracia paritaria. En este sentido, alude que “Igualar el número de hombres y mujeres en el poder no garantiza, de por sí, que las mujeres tengan la misma influencia en los procesos de toma de decisiones, ni que se altere el papel tradicional que les corresponde en las relaciones familiares, sociales o económicas. Por eso, la composición equilibrada debe entenderse como un medio destinado a conseguir un objetivo mucho más ambicioso, que consiste en modificar la posición actual de la mujer para equipararla a la que ocupan los varones”, BIGLINO CAMPOS, Paloma, “La composición equilibrada de las listas electorales”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma (dir.), *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Madrid, Iustel, 2008, p. 75.

³²⁸ Aunque, como lo manifiesta la CIDH, las problemáticas siguen persistiendo en la región (como la falta de documento de identidad) para que algunos sectores del colectivo de las mujeres (mujeres indígenas) puedan ejercer su derecho de voto, cfr. CIDH, *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*, Washington, OEA-CIDH, 2011, párr. 118 y ss.

³²⁹ La literatura sobre las cuotas electorales es abundante, por lo que remito a la bibliografía manejada por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, op. cit., pp. 213 y ss. y MARTÍNEZ ALARCÓN, María L., op. cit., pp. 229 y ss.

que los partidos políticos postulan para los distintos cargos de elección popular. Son medidas legales caracterizadas por tres elementos básicos: buscan resolver un problema concreto (no son permanentes), están dirigidas a un grupo de personas delimitado por alguna característica en común y tienen como justificación la compensación de una desigualdad social persistente en el presente.³³⁰ Asimismo, se justifican porque “[e]n realidad las cuotas y otras medidas temporales para acelerar la igualdad de facto, existen justamente porque las culturas políticas patriarcales concentran el poder político en los varones”.³³¹

En el caso particular de Latinoamérica el funcionamiento efectivo de las cuotas electorales puede decirse que es reciente, ya que a pesar de la aparición de leyes específicas hace más de dos décadas, como la *Ley de Cupo Femenino* argentina de 1991, su aplicación no estuvo exenta de desacuerdos³³² y fue hasta que “recién con la reglamentación del año 2001, a diez años de promulgarse la Ley, se logró una representación femenina incluso mayor al porcentaje estipulado”.³³³

En ese transcurso, la Comisión Interamericana fijó su posición sobre el particular. En un estudio especial incluido en su Informe anual de 1999³³⁴ no solo estimó compatibles las cuotas electorales con los principios de igualdad y no discriminación del sistema interamericano de derechos humanos sino que también alentaría su uso e implantación en las legislaciones de la región.³³⁵ Su análisis tiene particularmente en cuenta el dato fáctico de la subrepresentación de la mujer “en virtualmente todos los aspectos de la vida política” frente al reconocimiento normativo

³³⁰ Cfr. MARTÍNEZ ALARCÓN, María L., op. cit., p. 116.

³³¹ BAREIRO, Line, “Avances importantes y persistentes discriminaciones: a los derechos políticos de las mujeres”, VV. AA., *Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales*, San José de Costa Rica, IIDH-CAPEL, 2012, p. 88, cuadernos de CAPEL núm. 57. Una situación persistente idónea, según Martínez Alarcón, para justificar la introducción de las leyes de cuotas electorales, en tanto “[...] sólo sería posible justificar la discriminación inversa en el ámbito constitucional haciendo referencia a las desigualdades de hecho que se producen en el presente y que todavía, por tanto, precisan corrección”, MARTÍNEZ ALARCÓN, María L., op. cit., p. 117.

³³² Uno de los conflictos suscitados por la aplicación de dicha ley llegará a la competencia de la Comisión Interamericana, caso que será analizado en el siguiente capítulo.

³³³ BAREIRO, Line, op. cit., p. 88.

³³⁴ CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Washington, OEA-CIDH, 2000. Entre otros soportes internacionales, la principal influencia que recibe es la del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (*Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, CEDAW-ONU), quien en el ámbito internacional ha sido uno de los principales promotores de estas medidas temporales para el efectivo acceso de las mujeres en los cargos de elección popular.

³³⁵ Cfr. *Ibidem*, apartado IV “Conclusión”.

de la igualdad entre la mujer y el hombre en las constituciones de la región, en otras palabras, la distancia que existe entre la igualdad formal y la igualdad material.³³⁶ Y su postura es que “[...] en los casos en que la discriminación de derecho o de hecho restringe el pleno ejercicio por parte de la mujer de su derecho de participar en el gobierno y en los asuntos públicos de su país, se debe responder a esa inconformidad con acciones concretas. Una de las formas concretas en que se puede cumplir con el deber de respetar y garantizar los derechos controvertidos es a través de la adopción de medidas de acción afirmativa para promover la participación de la mujer en esa esfera”.³³⁷ En realidad no hay derechos controvertidos, porque no se trata de una petición en el sistema de casos y menos del análisis de violaciones específicas de los derechos protegidos por la CADH o la Declaración Americana, sino se trata de un análisis en abstracto. Pero más allá de cuestiones técnicas, lo relevante es que la CIDH deriva de las obligaciones generales de respeto hacia los derechos humanos y del principio de igualdad y no discriminación, asentadas ambas en la CADH, el fundamento de esas acciones concretas en beneficio de la igualdad sustancial de las mujeres en el ámbito político.

Evidentemente este estudio es una opinión especializada sobre una materia específica, pero precisamente por ello resulta de particular interés para anticipar el criterio que la CIDH, como órgano principal del sistema de derechos humanos, tendrá en consideración cuando se vea enfrentada a las demandas de vulneraciones del derecho de acceso de las mujeres a los cargos de elección popular, particularmente de la aplicación de las cuotas electorales femeninas. Aunque pueda ser criticado por pasar de largo del evidente conflicto existente entre las cuotas electorales con el derecho de sufragio pasivo del resto de individuos que no se verían favorecidos por esas medidas en el acceso a los cargos de elección popular, y que era materia del objeto del estudio (si afecta derechos, por qué son compatibles en el sistema de la CADH o, en otros términos, si la ley garantiza una igual posición entre los elegibles, ¿cómo es que las cuotas electorales vienen a crear situaciones de privilegio?), pone en contexto la irrupción frontal de la cuestión de género en el espacio del derecho de sufragio pasivo, lo que da cuenta nuevamente del carácter elitista de este derecho, pero simultáneamente también denota su importancia y trascendencia para aquellos sectores de la sociedad que históricamente han estado excluidos materialmente de su ejercicio.

³³⁶ Cfr. *Ibíd.*, apartado III.3.

³³⁷ *Ídem.*

Problemática que, por otra parte, continúa estando vigente entre las principales líneas de atención de la Comisión Interamericana.³³⁸ En el más reciente análisis de dicho órgano de la situación de los derechos de participación política de la mujer en la región, de mayor amplitud y detalle que el anterior de 1999, básicamente la CIDH sigue manteniéndose en la corriente de la necesidad de las medidas especiales para corregir la desigualdad entre hombres y mujeres, derribar los obstáculos materiales existentes y fortalecer la presencia de las mujeres en las diferentes esferas del ámbito público, no obstante los avances y logros que advierte se han conseguido en la región durante las últimas dos décadas. Pero, por supuesto, el darle continuidad a la posición de inicio, no quiere decir que se siga manteniendo con las mismas características, al contrario, la CIDH da unos pasos hacia adelante adaptando y actualizando el discurso. Debido, en gran medida, a los avances normativos, doctrinales y jurisprudenciales en la materia. En este sentido, a diferencia del citado estudio de 1999 (que sigue siendo la base de sus consideraciones), la CIDH introduce dos nuevos conceptos en la discusión, los cuales irradian el informe comentado: paridad y democracia participativa. Sobre la paridad, basándose en estudios de organismos económicos de la región (Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL y el Banco Interamericano de Desarrollo-BID), dirá que “La paridad implica la participación y representación igualitaria entre hombres y mujeres en el proceso de toma de decisiones y es uno de los principios democráticos en la región. La paridad es un concepto cualitativo que supone la redistribución del poder en el mercado de trabajo, la toma de decisiones y la vida familiar”.³³⁹ Ahora se trata, como puede observarse, ya no solo de que las medidas especiales se dirijan a garantizar temporalmente cuotas mínimas de mujeres en los cargos públicos representativos sino que se haga en términos de paridad: 1:1, la mitad y la mitad, 50 por 100.³⁴⁰

³³⁸ CIDH, *El camino hacia una democracia sustantiva...*, op. cit.

³³⁹ *Ibidem*, párr. 16 (resumen ejecutivo) y párr. 137 (informe general).

³⁴⁰ Desde cierto punto de vista, el caso de la composición equilibrada de las listas electorales del modelo español (entre otros, BIGLINO CAMPOS, Paloma, op. cit., p. 75 y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, op. cit.), puede verse como un paso adelante en el aumento del tope máximo al que pueden acceder las mujeres en el ámbito de la representación política, ya que no sería el 50 por 100 sino el 60 por 100, pero además asegurándose la garantía de su representación en un mínimo del 40 por 100, es decir, la noción de composición equilibrada se articula dentro de la idea de la democracia paritaria, pero en principio permite rebasar el umbral ideal que sustenta la paridad del 50 por 100 en relación con los hombres. Con la aparición de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, se exige en su Disposición Adicional Primera que la confección de las listas electorales debe hacerse según la noción de composición equilibrada, consistente en “la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60 por 100 ni sean menos del 40 por 100”.

Respecto de la orientación que cabe entender de la democracia participativa, hay dos pasajes que bien pueden indicar su contenido, en relación –por supuesto– con el ejercicio de la mujeres de su derecho de sufragio pasivo: “[...] el involucramiento de las mujeres en todos los ámbitos de la vida política es una condición necesaria para garantizar una sociedad verdaderamente igualitaria y consolidar la democracia participativa y representativa en las Américas”³⁴¹ y “[...] los derechos políticos de las mujeres en una democracia participativa y representativa tienen dos aristas: la incursión de las mujeres en los cargos públicos y la necesidad de que las prioridades de las mujeres se vean representadas en la agenda pública; siendo el involucramiento, tanto de hombres y mujeres, indispensable para alcanzar estos fines”.³⁴² En realidad no la utiliza de forma conceptual (lo que derivaría hacia los mecanismos de la democracia directa) sino para enfatizar la participación activa de la mujer en la vida política y democrática de los países de la región. Una exigencia que, por lo demás, encuentra respaldo en el principal instrumento regional en materia democrática, la Carta Democrática, al cual acude la Comisión Interamericana para enfocar su criterio, en particular a los artículos 9 y 28 de dicho instrumento.³⁴³

Otro punto destacable del informe en cuestión, cabría agregar, es su descenso a los partidos políticos como uno de los factores principales o determinantes en el acceso igualitario de las mujeres a los cargos de elección popular.³⁴⁴ Por lo que las leyes de cuotas electorales, las cuales son aplicadas en el nivel de las contiendas electorales, se presentan insuficientes –por más que cumplan con sus objetivos numéricos– si no van acompañadas de medidas especiales que garanticen dentro de las estructuras internas de los partidos políticos la paridad entre hombres y mujeres. En este sentido, “[...] los partidos políticos constituyen los canales institucionales de las mujeres para acceder al poder y son actores cruciales en la nominación y selección de candidatas a cargos electivos. Por lo tanto, la inclusión de las mujeres en las estructuras partidarias, así

³⁴¹ CIDH, *El camino hacia una democracia sustantiva...*, op. cit., ibídem, párr. 47 (informe general).

³⁴² Ibídem, párr. 48 (informe general).

³⁴³ Ibídem, párrs. 5 y 7 (resumen ejecutivo) y párrs. 2, 3, 29 (informe general). Este instrumento interamericano será objeto de análisis en el siguiente epígrafe, al cual remito.

³⁴⁴ Para la Comisión Interamericana, “Los partidos políticos juegan un papel fundamental para promover la igualdad de las mujeres en la participación política y en la inserción de candidaturas femeninas en los cargos públicos”, ibídem, párr. 150 (informe general).

como su participación y representación efectiva en estos espacios, resulta trascendental en el ejercicio de sus derechos políticos”.³⁴⁵

Sin embargo, el poder que tiene el Estado para intervenir en las decisiones de los partidos políticos, principalmente por la libertad que le proporciona y garantiza el derecho de asociación, se sabe que es limitado.³⁴⁶ Un terreno en el que todavía la Comisión Interamericana no encuentra forma de presionar. Por lo que la Comisión Interamericana termina por intentar llamar la atención sobre la responsabilidad que tienen los partidos políticos y sus órganos directivos en el cumplimiento de los mandatos convencionales, “Si bien los Estados tienen la obligación primordial de garantizar la participación de las mujeres en la dirección de los asuntos públicos y de tener acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas, la CIDH considera que los partidos políticos tienen también una responsabilidad para asegurar la participación y representación efectiva de las mujeres en la esfera política”,³⁴⁷ pero en este punto se vuelven ambiguas sus aseveraciones, pues los partidos políticos no forman parte del Estado, no son órganos del Estado, sus actuaciones en principio no le generan responsabilidad internacional alguna al Estado, por lo que no se sabe bien la forma en que esa «responsabilidad» puede ser exigida, por lo menos desde el ámbito internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, en el seno de la Corte Interamericana, aunque no se ha referido directamente a la figura específica de las cuotas electorales de género, bien cabe entenderlas dentro de la jurisprudencia general que ha desarrollado dicho tribunal respecto de las obligaciones positivas del Estado relativas al principio de igual y no discriminación. En este sentido, el tribunal también entiende que “[...] los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Ello implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con

³⁴⁵ Ídem.

³⁴⁶ Cfr., en general, GÓMEZ MONTORO, Ángel J., op. cit., pp. 152 y ss. Lo que no excluye las exigencias de los mandatos constitucionales, cuando los hubiera, de una organización y un funcionamiento democráticos de los partidos políticos, que viene a constituirse en un límite a su autonomía organizativa, ibídem, p. 195.

³⁴⁷ CIDH, *El camino hacia una democracia sustantiva...*, op. cit., párr. 170 (informe general).

respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.³⁴⁸

Pero, posteriormente, ya en un contexto de debate de los derechos políticos e interpretando uno de los términos contenidos en el artículo 23 CADH, señalará que el significado de las «oportunidades» de las que habla dicho artículo, “[...] implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”.³⁴⁹

Ahora bien, en materia de igualdad y no discriminación, las mujeres no son el único colectivo social que se encontraría marginado del sistema representativo. Los inmigrantes y las personas con discapacidades físicas son los ejemplos de mayor interés en la discusión actual. Quizás el tema del derecho de voto a los inmigrantes, esto es, la posibilidad de que los extranjeros puedan votar en ciertos niveles de elecciones (principalmente en las municipales),³⁵⁰ debido al cambio de paradigma en la imputación del derecho de sufragio activo mediante el factor de residencia y no puramente en el de la nacionalidad, cobra mayor fuerza en los países del continente europeo –debido en esencia a los propósitos de integración, en sus distintos niveles, entre las comunidades de la Unión Europea– y en los grandes países receptores de los movimientos migratorios (como Alemania, Canadá o Estados Unidos).

También el origen del debate de la situación de desigualdad material en la que se encontrarían las personas con discapacidades físicas en el sistema representativo desemboca principalmente en las dificultades y obstáculos para que estos colectivos puedan ejercer efectivamente su derecho de sufragio activo, para que puedan votar de forma directa y personal, exigiendo el diseño de regímenes especiales adaptados a sus

³⁴⁸ Opinión consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, párr. 104. Este criterio generado en la jurisprudencia consultiva se ha extendido a la jurisprudencia contenciosa, entre otras, SSCorteIDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (Fondo, reparaciones y costas), de 24 de octubre de 2012, párr. 236, relativa a los derechos de los migrantes, y *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile* (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de mayo de 2014, párr. 201, sobre la persecución penal de miembros de pueblos indígenas por delitos especiales de carácter terrorista.

³⁴⁹ SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 145.

³⁵⁰ Sobre el tema, entre otros, DURÁN ALBA, Juan F., “La restricción de los derechos políticos de los extranjeros según el artículo 16 CEDH”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), op. cit., pp. 785-795, RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan R., *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997 y MASSÓ GARROTE, Marcos F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Madrid, COLEX, 1997.

necesidades particulares.³⁵¹ Ahora bien, como se señaló en líneas anteriores, para el derecho de sufragio pasivo las discapacidades físicas no tendrían en principio relevancia para que puedan ser elegibles, en tanto lo que interesa y es definitivo es la capacidad intelectual de los sujetos que pretenden ejercer un cargo de elección popular. Aunque, por otro lado, los datos existentes no son precisamente alentadores en este asunto, pues resulta difícil encontrar en la mayoría de los parlamentos nacionales porcentajes significativos de personas con discapacidades físicas en su conformación.

Sin embargo, en el ámbito interamericano, son los pueblos indígenas quienes han cobrado una notable relevancia y calado hondamente en los derechos de participación política. Al no encontrar fácil acomodo en las estructuras tradicionales de los partidos políticos, siéndoles ajenas a su cultura y tradiciones, las comunidades y pueblos indígenas de la región vienen desempeñando un papel clave en el cambio de dirección de la apertura de la participación política hacia sectores sociales históricamente excluidos de los centros de representación política, de los cuerpos legislativos. Cuestión sobre la que habrá ocasión de volver cuando se analice la jurisprudencia de la Corte Interamericana, momento propicio para exponer con mayor amplitud este punto.

³⁵¹ Sobre el particular, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A., op. cit., quien se refiere, entre otros colectivos, a las personas con problemas físicos de movilidad y los invidentes, pp. 88 y ss.

IV. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Vistos ya el principio de igualdad y no discriminación, con una función de expansión y apertura del derecho de sufragio pasivo hacia los grupos sociales que históricamente se han visto excluidos del ejercicio del poder político, tratando de equilibrar la representación política a través de la idea de la igualdad material, y el preámbulo como núcleo de los valores y principios que se encuentran en la base de la Organización de los Estados Americanos, cumpliendo una función hermenéutica para los derechos políticos y de estructuración para el sistema de derechos humanos, principalmente reflejado en el principio de subsidiariedad, ahora corresponde abordar el principio que es el cauce central por donde fluyen los dos anteriores principios y el que será revisado posteriormente (el principio de proporcionalidad). En efecto, el principio democrático tiene una envergadura mayor y es el nervio central, la columna que da forma y sentido al contenido de los derechos políticos.

1. *Concepto y contenido*

La democracia además de estar incluida en el contenido de las Constituciones integrantes del espacio interamericano de protección de los derechos humanos, también se incluye en el contenido de los principales instrumentos interamericanos, destacando, por supuesto, la Carta de la OEA, la Convención Americana y, en especial, la Carta Democrática. Al igual que en el nivel constitucional,³⁵² el término democracia en el nivel convencional está dotado de un significado jurídico y, como consecuencia, de eficacia. En este sentido, el significado jurídico convencional no se aleja demasiado del significado jurídico constitucional, esto es, el de un principio general.³⁵³ Según Aragón, “característica muy singular del principio democrático (derivada de su carácter medular

³⁵² Aquí tomo, y adapto al nivel de la CADH, las ideas propuestas de ARAGÓN, Manuel, “La eficacia jurídica del principio democrático”, *REDC*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988, pp. 27 y ss. También, GOMES CANOTILHO, José J., “O princípio democrático”, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, pp. 287-332 y BÖCKENFÖRDE, Ernst W., op. cit., pp. 56-57, para quien “El fin de la legitimación democrática no es otro que poner en marcha y asegurar una influencia efectiva del pueblo en el ejercicio del poder del Estado”, aunque explica existirían diferentes caminos para alcanzar ese fin: legitimación democrática funcional e institucional; legitimación democrática orgánico-personal; y, legitimación democrática de contenido o material.

³⁵³ Cfr. ARAGÓN, Manuel, op. cit., p. 29.

o nuclear, es decir, definitoria de la forma del Estado) es que contenga en sí mismo la doble capacidad de operar como principio material y como principio estructural, o mejor dicho, que posea ambas dimensiones”.³⁵⁴

Para situar el principio democrático en el nivel convencional, esto es, indagar las dimensiones donde despliega sus efectos quizás no sea posible abordarlas en su totalidad en este trabajo, por lo que únicamente se limitará a dos posibilidades de concreción, el momento de la CDI y su configuración en la jurisprudencia de la CorteIDH (eficacia interpretativa).

En realidad, el principio democrático en la CADH aparece de forma inconcreta. Los términos utilizados por ella, tanto en el Preámbulo como en los dispositivos del articulado, pueden conducir a diversos sentidos.

2. *Evolución americana*³⁵⁵

Conforme lo anterior, se ha creído pertinente hacer un estudio más extenso de este principio. Aunque debe advertirse que este no se realizará de una forma eminentemente teórica sino que se plantea un itinerario partiendo de la Carta Democrática, como la síntesis de la evolución americana en esta materia, hasta su aterrizaje en el ámbito de los derechos humanos, es decir, siendo aplicado hermenéuticamente en la interpretación que la Corte Interamericana realiza de los derechos democráticos reconocidos en la Convención Americana.

La tesis principal que se encuentra en el análisis propuesto es que muchos de los avances en materia de derechos políticos dados por el tribunal interamericano tienen sustento en la base conceptual que recoge la CDI. Un soporte legítimo que permite un entendimiento más amplio de las disposiciones de la Convención Americana. De aquí la valía de conocer en profundidad, desde la posición de los derechos, dicha Carta y su aplicación por la jurisdicción interamericana, ya que es poco probable que prescinda de

³⁵⁴ *Ibíd.*, p. 29.

³⁵⁵ El siguiente análisis encuentra reflejo en un trabajo previo, SALAS CRUZ, Armando, “La Carta Democrática Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 31, julio-diciembre de 2014.

ella cuando la Corte Interamericana analice casos donde las violaciones principales sean a los derechos políticos.

3. *Elaboración de la Carta Democrática Interamericana*

A. *Consideración preliminar*

Con la intención de conocer de mejor forma el origen de esta norma internacional y, a partir de ahí, explicar sus alcances, se vuelve necesario proporcionar un panorama sintético del proceso de creación y confección de la CDI. Para ello, se ha adoptado un enfoque desde la perspectiva de la descripción de los actores que participaron en su elaboración y las fases que tuvieron que sucederse para concluir el proyecto definitivo.

Para alguien poco acostumbrado a los mecanismos de toma de decisiones en organizaciones internacionales, así como de los procedimientos adoptados para la elaboración de documentos normativos, resulta un tanto complicada la tarea de entender y ordenar el itinerario o fases que deben seguirse para tales fines. A primera vista, la OEA se muestra como una forma organizativa jerárquica, semejante a la del Estado, donde las relaciones están regidas principalmente por dos paradigmas. El primero se refiere a la *unidad*, es decir, entre sus órganos u organismos no existe separación, son parte de la misma persona; y, el segundo, tiene que ver con la *subordinación*.³⁵⁶

Sin embargo, este acercamiento desde la visión de unicidad y subordinación se diluye o no funciona cuando intervienen agentes que no tienen propiamente ningún vínculo institucional o no están sujetos a responsabilidades por sus actos en este determinado ámbito y que, no obstante lo anterior, pueden participar o incidir relevantemente dentro de esa estructura regional (por ejemplo, en la producción de instrumentos jurídicos). Básicamente se está pensando en los entes organizados de la sociedad civil (sean, entre otros, centros académicos, fundaciones, institutos de investigación u organizaciones no gubernamentales).

³⁵⁶ CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, prólogo de Luis Ortega, Madrid, Marcial Pons-Instituto Nacional de Administración Pública, 2006, p. 34; en específico el capítulo II “Las redes como figura organizativa de la colaboración”. Según este autor, en la estructura estatal (que es jerárquica) “no existe colaboración”, ídem.

Así, dadas las características de la OEA, quizás sea conveniente verla desde la *figura organizativa de red*, que se caracteriza por dos elementos o rasgos: “pertenencia a entidades o aparatos diferenciados y colaboración o interdependencia”.³⁵⁷ Aquí basta pensar en el funcionamiento paralelo del sistema interamericano de derechos humanos con otras redes dentro del espacio de la OEA.³⁵⁸ Esto, por otro lado, de ninguna manera impide ignorar las diferencias entre los órganos de su estructura interna por sus atribuciones y competencias, una jerarquía funcional.

Dicho lo anterior, paso a desarrollar el tema propuesto. Principalmente tres órganos de la OEA estuvieron involucrados en la elaboración de la CDI: la *Asamblea General*, el *Consejo Permanente* y el *Comité Jurídico*. Cada uno de estos órganos tuvo un papel y funciones diferenciadas. De forma previa, cabe señalar que la Asamblea General es el órgano supremo de la Organización y entre sus atribuciones principales se encuentra la de considerar cualquier asunto relativo a la convivencia de los Estados americanos (art. 54 Carta OEA), en ella están representados todos los Estados miembros (art. 56 Carta OEA). El Consejo Permanente depende directamente de la Asamblea General y tiene las funciones que esta le encomiende (art. 70 Carta OEA), de igual forma, conoce de cualquier asunto que le encomiende la Asamblea General (art. 82 Carta OEA), y se compone de un representante por cada Estado miembro, nombrado especialmente por el Gobierno respectivo con la categoría de embajador (art. 80 Carta OEA). El CJI es el cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos (art. 99 Carta OEA), y tiene el mandato de emprender los estudios y trabajos preparatorios que le encomiende la Asamblea General y el Consejo Permanente (art. 100 Carta OEA).³⁵⁹

³⁵⁷ Aquí me valgo del modelo señalado por Cassese, quien entiende que “Estos elementos pueden ser de diferente grado o medida. La diversidad de los aparatos o de las entidades puede llegar hasta la separación o bien puede consistir en una distinción-integración. La colaboración puede ser voluntaria o impuesta”, y continúa en párrafo seguido: “Además, a estos elementos necesarios pueden añadirse otros elementos eventuales. La serie de organismos entre los que se establece la colaboración puede ser abierta o cerrada. La interdependencia puede ser sólo horizontal o también vertical”, *ibídem*, pp. 34 y ss.

³⁵⁸ A modo de ejemplo, no exhaustivo, del tema de salud se encarga la Organización Panamericana de la Salud, de agricultura el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, de las telecomunicaciones la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, o en temas de seguridad hemisférica la red se vuelve más compleja.

³⁵⁹ Sobre el particular, entre otros, CAMINOS, Hugo, “The Role of the Organization of American States in the Promotion and Protection of Democratic Governance”, *Recuils des Cours. Collected courses of the Hague Academy of International Law*, 1998, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, t. 273, pp. 103-237 y, del mismo autor, “La OEA: pasado, presente y futuro”, en PERRET, Louis y REUS-BAZÁN, Águeda (comps.), *La Organización de los Estados Americanos en el centenario del sistema interamericano. Actas de Congreso*, Washington, 29-10-90, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 15-26. Asimismo, HORWITZ, Betty, *The Transformation of the Organization of*

B. Apertura y cierre

La Asamblea General, en su posición de órgano supremo de la OEA, fungió como origen y, posteriormente, fue la encargada de aprobar definitivamente la CDI y adoptarla como un instrumento integrante del *corpus iuris* interamericano. Aunque propiamente el germen se encuentra en la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en abril de 2001, en Quebec (Canadá),³⁶⁰ foro donde los Jefes de Estado y de Gobierno americanos aceptaron una iniciativa propuesta por la representación de Perú para que se adoptase en la región un documento único para la defensa colectiva de la democracia, será en el seno de la Asamblea General donde se desarrollará el proceso de discusión y adopción del futuro instrumento interamericano.

a. El primer intento (fallido) de aprobación

Un primer intento por aprobar la estructura, definiciones, conceptos y sentido de las disposiciones del articulado, tuvo lugar durante el XXXI periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, en junio de 2001, en San José de Costa Rica. Previo a la discusión en el pleno de la Asamblea General del llamado *versión 7 del proyecto de Carta Democrática Interamericana*,³⁶¹ se había encomendado a un grupo de trabajo la confección de este texto “sobre la base de un primer proyecto presentado por el

American States. A Multilateral Framework for Regional Governance, London-New York, Anthem Press, 2010.

Una imagen simplificada, pero que puede ser útil para ubicar la dinámica entre los distintos órganos de la OEA, es la siguiente: en las Cumbres de las Américas participan los Jefes de Estado y de Gobierno, máximos representantes de los países; en la Asamblea General los representantes son los Cancilleres, Ministros o Secretarios de Relaciones Exteriores; mientras en el Consejo Permanente son los embajadores designados para tales fines. Es decir, en rigor, quienes realizan un trabajo cotidiano y permanente en la sede de la OEA son aquellos que integran el Consejo Permanente.

³⁶⁰ De gran interés es el trabajo de COOPER, Andrew F., “The Making of the Inter-American Democratic Charter: A Case of Complex Multilateralism”, *International Studies Perspectives*, vol. 5, núm. 1, 2004, pp. 92-113, quien detalla los factores de política multilateral y diplomáticos que estuvieron detrás y durante el proceso de creación de la CDI.

³⁶¹ Véase la intervención de la Embajadora Margarita Escobar, representante de El Salvador, “Acta de la sesión ordinaria del Consejo Permanente de la Organización del 6 de septiembre de 2001 (Washington, DC)”, *Carta Democrática Interamericana: documentos e interpretaciones*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 2003, p. 81.

Perú”.³⁶² Ante la falta de un consenso claro, y las posiciones contrarias entre los representantes de las delegaciones de los Estados miembros, se estimó conveniente encomendar al Consejo Permanente el perfeccionamiento, enriquecimiento y ampliación de esta última versión revisada, que a la postre se convertiría en el documento base para las posteriores discusiones y consultas.³⁶³

b. *El segundo intento y aprobación unánime*

Como podrá verse en párrafos posteriores, después de la activa participación de distintos actores en la elaboración del proyecto definitivo de CDI, el resultado se llevó a la Asamblea General para su discusión y aprobación. Dicho órgano celebró un período extraordinario de sesiones *ex profeso* para tal propósito, en la ciudad de Lima, Perú. El 11 de septiembre de 2001 tuvo lugar la primera sesión plenaria donde fue aprobada por aclamación la CDI según la Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01). Algunos de los representantes destacaron las mejoras del documento que se había aprobado, con relación a la versión anterior. Así lo hizo ver el representante de Venezuela, uno de los países que se había opuesto a la adopción del anterior proyecto:

“Aquél era un proyecto con poco aliento de pueblo, sin definiciones en cuanto a la lucha contra la pobreza, un proyecto con un cierto sesgo punitivo que podía quebrantar, incluso, algunos fundamentos de la Carta de la OEA”, y más adelante afirma, “[l]a versión que discutimos en Costa Rica establecía una débil relación entre democracia y derechos humanos, no hablaba de la defensa del ambiente, de los derechos de la mujer, de los pueblos indígenas, de los trabajadores

³⁶² Diego García-Sayán (entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Perú) recuerda la autoría peruana del primer documento sobre el que se trabajaría en las siguientes etapas, “Acta del XXVIII período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (Lima, Perú)”, *ibídem*, p. 110. En tanto, Humberto de la Calle confirma esto y aporta más elementos sobre el origen de la iniciativa peruana y la existencia de otros proyectos alternativos, como el presentado por México: “En verdad, fue el Gobierno peruano el que primero lanzó la idea durante la Reunión del Consejo de Ministros del 11 de diciembre de 2000, por boca del Ministro de Relaciones Exteriores, el Embajador don Javier Pérez de Cuéllar, quien, al perfilar la nueva política exterior del Perú, habló de la necesidad de promover «... una Carta Democrática Interamericana que otorgue una naturaleza jurídicamente vinculante a todos los instrumentos y mecanismos de preservación de la democracia, así como de medios de acción más oportunos y eficaces.» En desarrollo de esta iniciativa, la Misión del Perú ante la OEA presentó el 25 de abril de 2001 un borrador para cuya discusión el Consejo Permanente constituyó un grupo de trabajo informal, bajo la presidencia de quien les habla. A él se sumaron otro proyecto completo presentado por México así como toda una serie de iniciativas, tanto formalizadas previamente como presentadas durante el curso de las deliberaciones”, véase “Acta de la tercera sesión plenaria del XXXII período ordinario de sesiones de la Asamblea General (Bridgetown, Barbados)”, *ibídem*, p. 192.

³⁶³ “Acta de la cuarta sesión plenaria del XXXI período ordinario de sesiones de la Asamblea General (San José, Costa Rica)”, *ibídem*, pp. 35 y ss.

ni de la igualdad de género. La metodología gradualista para encarar la eventual exclusión –que ojalá no llegare a ocurrir nunca más– de un gobierno del sistema interamericano, estaba insuficientemente desarrollada. El concepto de soberanía aparecía desdibujado”.³⁶⁴

C. Fase intermedia

No obstante que el Consejo Permanente depende funcionalmente de la Asamblea General, al ser un órgano deliberativo con la representación de todos y cada uno de los Estados miembros, es el sitio propicio para la discusión y realización de los trabajos preparatorios de los instrumentos jurídicos y políticos adoptados en la OEA con la pretensión de eficacia en toda la región.³⁶⁵

Para afrontar la encomienda que le hiciera en este caso de fortalecer y ampliar el proyecto de Carta Democrática,³⁶⁶ el Consejo Permanente creó el *Grupo de Trabajo encargado de estudiar el proyecto de Carta Democrática Interamericana*. Este Grupo encabezado por el colombiano Humberto de la Calle (presidente), el panameño Juan M. Castulovich (vicepresidente) y el antiguano Lionel A. Hurts (vicepresidente), a su vez se dividió en grupos subregionales para la discusión del proyecto: ALADI, GRUCA y CARICOM.³⁶⁷ Cada uno de estos grupos regionales tenía un coordinador. Asimismo, hubo una Comisión de Estilo.

³⁶⁴ Intervención de Luis Alfonso Dávila, jefe de la delegación de Venezuela, “Acta del XXVIII período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (Lima, Perú)”, ibídem, p. 129.

³⁶⁵ Esto parece confirmarlo el “Acta de la sesión ordinaria del Consejo Permanente de la Organización del 6 de septiembre de 2001 (Washington, DC)”, ibídem, pp. 49 y ss. También, sin embargo, queda de manifiesto que si la Asamblea General hubiera llegado a un acuerdo en un primer momento el papel del Consejo Permanente se hubiera visto drásticamente reducido en este caso. Otro ejemplo donde puede advertirse el papel sobresaliente que tiene el Consejo Permanente en la elaboración de los instrumentos interamericanos, ha sido el seguido en la adopción de la reciente Carta Social de las Américas, de 4 de junio de 2012. Puede seguirse el extenso itinerario y documentos del «Grupo de Trabajo Conjunto del Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral sobre el Proyecto de Plan de Acción de la Carta Social de las Américas» en www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/CPCIDI%20conjunto%20carta%20social.asp, consultada el 27 de julio de 2013.

³⁶⁶ Véase Resolución AG/RES. 1838 (XXXI-O/01), “Resolución de San José de Costa Rica Carta Democrática Interamericana”, de 5 de junio de 2001, resolutivo 3.

³⁶⁷ ALADI comprendía los países de América del Sur y México, GRUCA agrupaba los países de Centroamérica y CARICOM a la comunidad de países del Caribe. Fuera de estos grupos quedaron Estados Unidos y Canadá como fuerzas individuales para la discusión del proyecto. Estos fueron los cinco bloques principales que discutieron, previo al pleno del Consejo Permanente, el respectivo borrador.

Aunque no se refiere la fecha exacta del comienzo de los trabajos en este nivel, se puede establecer con cierta certeza a partir de que la sesión final ocurrió el 31 de agosto de 2001 y las «intensas» discusiones se sucedieron durante 20 días, por tanto, es probable que fuera el 11 de agosto cuando comenzaran las actividades del Grupo de Trabajo. En esta fase –fundamental– del proceso de elaboración resulta complicado conocer el trasfondo de las discusiones al interior del Grupo de Trabajo, ya que no quedaron asentadas en *Actas*. Esto lo confirma Arrighi: “Lamentablemente muchas de las sesiones del grupo de trabajo que tuvo a su cargo la redacción fueron a puertas cerradas por lo que no quedaron actas de las mismas. Ello, sumado a la urgencia con la que se trabajó [...] dificulta muchas veces saber las razones exactas que motivaron algunos de sus artículos”.³⁶⁸ El documento definitivo fue puesto a disposición del pleno del Consejo Permanente para su aprobación en la sesión ordinaria de 6 de septiembre de 2001.

D. Consulta especializada

El CJI,³⁶⁹ siendo el cuerpo consultivo especializado en asuntos jurídicos, intervino a solicitud del Consejo Permanente haciendo un estudio de las disposiciones contenidas en el articulado del proyecto de Carta Democrática.³⁷⁰ El resultado del trabajo del CJI se encuentra en el informe denominado «Observaciones y comentarios del Comité Jurídico Interamericano sobre el proyecto de Carta Democrática Interamericana», de 16 de agosto de 2001, donde manifestó su criterio y propuestas de mejora del documento.³⁷¹

³⁶⁸ ARRIGHI, Jean-Michel, “Democracia y derechos humanos en la Carta Democrática Interamericana”, *Revista do Instituto Brasileiro do Direitos Humanos*, año 12, vol. 12, núm. 12, 2012, p. 203, actual Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA, quien tuvo oportunidad de presenciar estos acontecimientos mientras se desempeñaba como Director del Departamento de Derecho Internacional.

³⁶⁹ Sobre el trabajo de este órgano en la materia, véase la compilación de sus estudios y dictámenes, CJI, *La democracia en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano (1946-2010)*, Washington, OEA, 2011; un acercamiento doctrinal lo proporciona HERDOCIA SACASA, Mauricio, “El aporte del Comité Jurídico Interamericano y del sistema interamericano a la democracia representativa”, VV. AA., *XXXIII curso de derecho internacional* “El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano”, Washington, OEA, 2007, pp. 241-262.

³⁷⁰ Cabe resaltar que respecto al Preámbulo de la CDI, que ya estaba integrado en el proyecto, el CJI no hizo ninguna observación o comentario.

³⁷¹ Aprobado durante el LIX segundo período ordinario de sesiones, celebrado en su sede de Rio de Janeiro (Brasil), del 30 de julio al 24 de agosto. En este tenor, habrá que decir que este órgano se integra

Por la premura del tiempo en que tuvo que dar respuesta, entendió que no era conveniente proponer «textos alternativos», sin embargo, esta simple insinuación permite advertir la intención del CJI por realizar un estudio menos apresurado y con mayor profundidad.³⁷² En lo que le corresponde a la presente investigación, es decir, la función interpretativa de la Carta Democrática, el CJI estimó:

“Las disposiciones de resoluciones de esta naturaleza tienen generalmente por objetivo interpretar disposiciones convencionales, constituir prueba de la existencia de normas consuetudinarias, dar debida cuenta de principios generales de derecho, o proclamar aspiraciones comunes, y pueden contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional. Las disposiciones de algunas resoluciones de un Órgano de una Organización Internacional pueden tener efecto obligatorio dentro de la Organización cuando así lo dispone el instrumento constitutivo de la misma”³⁷³

Según César Gaviria, en ese entonces Secretario General de la Organización, al referirse a la contribución del CJI, esta se puede advertir en la tarea de codificación, sistematización y armonización en la Carta Democrática de muchos elementos que hacen parte de la Carta OEA, de sus protocolos modificatorios o de las resoluciones y declaraciones adoptadas en distintas Asambleas.³⁷⁴

E. Consulta abierta

Según los datos y referencias contenidas en las *Actas* de sesiones es posible extraer algunas tesis sobre la participación de la sociedad civil en el proceso de confección de la CDI.³⁷⁵

La primera se refiere a la reducción del universo de la sociedad civil con el que tiene relación la OEA. Esta última impone determinadas condiciones y requisitos a las

por once juristas (art. 101 Carta OEA) y las recomendaciones, resoluciones y dictámenes sobre asuntos de fondo (no de procedimiento) requieren la aprobación de por lo menos seis de sus miembros. Asimismo, tienen el derecho a incluir su voto razonado, favorable o disidente, a continuación de las decisiones de fondo aprobadas (art. 27 Estatuto del Comité Jurídico Interamericano). Situación, esta última, que no ocurrió en el caso del informe emitido a propósito del proyecto de Carta Democrática.

³⁷² *Carta Democrática Interamericana: documentos e interpretaciones*, op. cit., p. 243.

³⁷³ Ídem.

³⁷⁴ Véase discurso de César Gaviria en la sesión inaugural, “Acta del XXVIII período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (Lima, Perú)”, ibídem, p. 105.

³⁷⁵ Sobre el impulso y la participación de la sociedad civil peruana (organizaciones no gubernamentales) en la creación de la CDI, GARCÍA-SAYÁN, Diego, “La tenaza de la democracia y los derechos humanos”, *Foreign Affairs en Español*, vol. 2, núm. 3, otoño-invierno de 2002, pp. 98-103.

organizaciones o entidades de la sociedad civil que pretendan participar en sus actividades.³⁷⁶ Es decir, cuenta con un filtro previo para determinar a quién dirige sus consultas. Por tanto, no todas las organizaciones o entidades de la sociedad civil son sujetos de interacción o pueden establecer oficialmente relaciones con los órganos de la OEA, si con antelación no han sido evaluadas, aprobadas y registradas en el listado específico.³⁷⁷ En estos términos las consultas son tan abiertas o amplias como lo permite el mencionado registro. Por ello es necesario dejar apuntado que cuando me refiero a la sociedad civil se debe entender como un grupo reducido de sujetos el que tuvo una participación activa o interacción con la OEA en la discusión del proyecto.

La segunda tiene que ver con los posibles motivos o razones para cambiar el rumbo seguido hasta esos momentos en la discusión de los proyectos normativos sin salir de la órbita de la OEA.³⁷⁸ Creo que la intención principal de incorporar la opinión y sentir de voces externas a las institucionales debe comprenderse desde el interés e importancia del tema discutido: la defensa de la democracia en la región. La OEA buscaba el mayor consenso posible y reforzar la legitimidad del propio documento. Tanto más cuando se entendía que las disposiciones contenidas en la CDI podían tener fuerte impacto en el nivel nacional cuando se activaran sus mecanismos de protección.

Por otra parte, esa intención de llevar el debate del proyecto fuera del seno de la OEA se hizo presente en la postura de la delegación de Venezuela: “Al igual que otros países, consideramos que es necesaria una amplia consulta con la sociedad civil, con

³⁷⁶ Véase el artículo 6 de las *Directrices para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA*, de 15 de diciembre de 1999. Documento que puede consultarse como resolución del Consejo Permanente CP/RES. 759 (1217/99). Un análisis del proceso de elaboración de esas *Directrices* y su contenido, véase GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos durante los procesos de democratización de los Estados partes*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2012, tesis doctoral, pp. 217-225 (publicada como *Sistema interamericano de derechos humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013).

³⁷⁷ En este sentido se manifiesta el artículo 7 de dichas *Directrices*.

³⁷⁸ En diferentes momentos se habla de que por primera vez se practica la consulta a la sociedad civil en este rubro. Así lo expresa Roger F. Noriega, representante permanente de los Estados Unidos: “La Carta que tenemos ante nosotros es el producto del proceso de discusión más abierto y transparente en la historia de la OEA, literalmente utilizando Internet. Este ha sido el objeto de la amplia consulta con los gobiernos nacionales y con los representantes de la sociedad civil” [*The Charter before us is the product of the most open and transparent negotiating process in the history of the OAS, literally involving the Internet. It has been the object of extensive consultation within national governments and with representatives of civil society*], “Acta de la sesión ordinaria del Consejo Permanente de la Organización del 6 de septiembre de 2001 (Washington, DC)”, *Carta Democrática Interamericana: documentos e interpretaciones*, op. cit., p. 75.

expertos y con sectores especializados".³⁷⁹ Esto pudo tener origen en los desacuerdos generados por la introducción de ideas o conceptos conflictivos, como fue la «democracia participativa», preocupación principal de la delegación venezolana,³⁸⁰ y, por otro lado, a la preocupación de algunos de los integrantes por otorgarle un carácter transparente al proceso de elaboración de la CDI.³⁸¹

La tercera, y última, está referida a la posible repercusión que tuvieron las aportaciones de la sociedad civil en la discusión del proyecto y su posterior incorporación al texto. Probablemente, en el caso de las organizaciones no gubernamentales, el interés mostrado se ve reflejado en su aparición en determinados artículos de la CDI (26 parte final y 27) que tienen que ver con dos aspectos relacionados entre sí; por un lado el deber de la OEA de mantener contacto con éstas en temas específicos (programas de promoción y fortalecimiento de la cultura democrática) y, por el otro, la relación privilegiada que gozan en la discusión de temas de interés público para todos los Estados miembros y sus habitantes.

Humberto de la Calle nos da a entender que la consulta a la sociedad civil fue exitosa (desde la posición de la OEA) y, además, tuvo una repercusión importante en la redacción final del texto.³⁸² No obstante lo anterior, ante la dificultad de conocer

³⁷⁹ Intervención de Luis Alfonso Dávila, jefe de la delegación de Venezuela, "Acta de la cuarta sesión plenaria del XXXI período ordinario de sesiones de la Asamblea General (San José, Costa Rica)", *ibídem*, p. 40.

³⁸⁰ También la delegación de Guyana se refirió al tema en el mismo sentido, ISHMAEL, Odeen, *The Democracy Perspective in the Americas*, Lanham (Maryland), University Press of America, 2009, p. 76, y *Carta Democrática Interamericana: documentos e interpretaciones*, op. cit., p. 304.

³⁸¹ Cfr. Intervención de Peter M. Boehm, representante de Canadá, *ibídem*, p. 47. En el mismo sentido Herold Muñoz Valenzuela, representante de Chile, quien manifiesta al respecto: "Otro punto muy importante es que esto [el contenido del proyecto de resolución] es un mensaje muy positivo a la opinión pública, que nos está mirando en este momento, respecto a qué vamos a hacer con este documento [proyecto de Carta Democrática] y cuán sensibles somos a la voz de la sociedad civil; respecto también al hecho de que lo hagamos público y que estemos dispuestos a facilitar justamente los comentarios y los aportes que puedan venir de la sociedad civil [...]", *ibídem*, p. 45.

³⁸² Intervención de Humberto de la Calle, jefe de la delegación de Colombia y presidente del *Grupo de Trabajo encargado de estudiar el proyecto de Carta Democrática Interamericana*, "Acta de la sesión ordinaria del Consejo Permanente de la Organización del 6 de septiembre de 2001 (Washington, DC)", *Carta Democrática Interamericana: documentos e interpretaciones*, op. cit., p. 53, quien textualmente menciona: "Ahora bien, desde la orilla de la sociedad civil quiero subrayar que muy buena parte de los temas por ella propuestos han quedado incorporados en la Carta Democrática Interamericana. A título de ejemplo se pueden mencionar el derecho de los pueblos a la democracia, la participación ciudadana, la preservación del Estado de Derecho, el desarrollo económico y social y la lucha contra la pobreza, la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la perspectiva de género, el multiculturalismo y la concepción pluriétnica, las diversas hipótesis que dan lugar a la aplicación de la cláusula democrática, los conceptos de buen gobierno y probidad, particularmente en lo que se relaciona con la lucha contra la corrupción, y, en fin, toda una serie de valores que constituyen un acervo compartido entre los habitantes del Hemisferio y que, en buena hora, se repite, encontraron apoyo y

directamente la discusión artículo por artículo, resulta complicado saber con exactitud el impacto que tuvieron las diferentes propuestas procedentes de la sociedad civil en la convicción de los miembros del Grupo de Trabajo encargado del proyecto.

F. Algunas consecuencias

Conforme lo descrito hasta aquí, bien puede decirse que el proceso de elaboración de la CDI, a pesar de los plazos tan cortos en que tuvo que debatirse, es un factor importante de su aprobación unánime o, por lo menos, contribuyó a ella. En otras palabras, es un instrumento jurídico que se caracteriza por contar con un amplio consenso regional debido a la forma en que se elaboró.

Tradicionalmente en la OEA el proceso de elaboración de los documentos normativos corresponde exclusivamente a sus órganos principales, sin embargo, en el proceso de discusión del proyecto de CDI, diversos actores de la sociedad civil tuvieron ocasión para intervenir con sus ideas y propuestas, mismas que, después de ser debatidas por el Grupo de Trabajo del Consejo Permanente, fueron incorporadas en la redacción del texto final.

Este cambio en la dinámica de elaboración de la normativa interamericana en términos teóricos fortaleció la transparencia y publicidad del proceso. Aunque, simultáneamente, las sesiones privadas del Grupo de Trabajo del Consejo Permanente, principal etapa del debate, limitan conocer con claridad las ideas detrás de la letra plasmada en la CDI.

cabida en la Carta”. En el mismo sentido se expresa César Gaviria en su discurso inaugural, “Acta del XXVIII período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (Lima, Perú)”, *ibídem*, p. 106.

4. De su origen político a la utilización de la Corte Interamericana

A. Ámbitos de aplicación

Antes de entrar al análisis de la naturaleza, fines y relevancia de la Carta Democrática,³⁸³ creo conveniente se precisen los principales espacios del sistema interamericano donde se utiliza.³⁸⁴ A partir de esto, se podrá delimitar de forma clara su uso por los órganos de protección de los derechos humanos.

a. Defensa colectiva de la democracia

La primera cuestión a despejar es de índole semántica y tiene que ver con la elección del concepto de defensa utilizado en la presente investigación. En el orden interno, el término defensa encuentra acomodo en diversos contextos de interés, como lo muestra su significativa inserción en las Constituciones. Así, los textos constitucionales lo utilizan para referirse a la «defensa nacional» del Estado, por las fuerzas militares profesionales y las civiles (defensa civil).³⁸⁵

³⁸³ De forma general pueden consultarse los trabajos del número monográfico dedicado a la revisión de la CDI en su décimo aniversario, *Latin American Policy*, vol. 3, núm. 1, 2012.

³⁸⁴ Para ello me valgo de las observaciones de LEGLER, Thomas, “¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?”, en BOGDANDY, Armin von et al. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública-Max Plack Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Universidad Pompeu Fabra-UPV, 2012, pp. 111-134, en específico p. 116, las cuales me han sido de gran ayuda para percibir los escasos acercamientos entre los ámbitos de la defensa colectiva de la democracia y el de protección de derechos humanos, aunque debe decirse ambos pertenezcan al mismo sistema regional y, casi siempre, intenten por distintas vías, uno político-diplomático y el otro judicialmente, la aplicación efectiva del principio democrático y los derechos humanos que están en la base de la OEA.

³⁸⁵ Por todos, véase BLANCO VALDÉS, Roberto L., *La ordenación constitucional de la defensa*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 19 y ss., quien considera que a través del concepto de defensa “[...] el Estado expresa su posición soberana tanto en el ámbito de las relaciones internacionales, donde la defensa hace referencia a la conservación del territorio nacional y a la protección de la población respecto de agresiones exteriores, como en el ámbito interno, en donde la defensa se concreta en la conservación del propio ordenamiento jurídico estatal”, *ibídem*, p. 17.

Por otro lado, tiene también un amplio significado en cuanto se refiere a la defensa de la norma constitucional, donde la noción de «defensa de la Constitución» representa una característica esencial para el constitucionalismo. De forma sumaria, dejando de lado la clásica controversia del órgano indicado para defenderla,³⁸⁶ por no ser este el lugar para hacerlo y exceder con creces el sentido de este trabajo, se puede decir que la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico despliega una serie de mecanismos que buscan su preservación. Para de Otto, “[...] el objeto de la defensa de la constitución quizá pudiera formularse diciendo que lo que se trata de proteger es el «régimen» en sus aspectos esenciales, es decir, no las normas jurídicas que le dan una concreta forma, ni tampoco la concreta configuración que tenga en un momento determinado, sino los fines a los que las normas constitucionales sirven y los valores sobre los que se asientan, la democracia, la libertad, la igualdad, o sus opuestos, si se trata de regímenes de otro signo”.³⁸⁷ Siguiendo estos términos, defensa de la Constitución es, también, defensa de la democracia. Y aquí puede engarzarse con el sentido que guarda la democracia como un principio con eficacia jurídica para todo el ordenamiento.³⁸⁸

Ahora bien, tomando en cuenta los parámetros perfilados previamente, en el orden internacional el artículo 2 Carta OEA establece rotundamente como propósito esencial de la Organización el de “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”.³⁸⁹ La doctrina generalmente sigue el patrón marcado por este precepto y entiende que es el fundamento de donde parten todas las acciones de la OEA en este rubro. Por tanto, el régimen de promoción de la democracia comprende o absorbe otros conceptos más específicos. Uno de estos es el de defensa de la democracia.

³⁸⁶ Sobre el particular, CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, prólogo de Michelangelo Bovero, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, quien construye en un juego de dicotomías conceptuales la oposición de pensamientos entre estos dos teóricos del derecho. Me permito referir una breve reseña de mi autoría a dicha obra, publicada en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 13, enero-junio de 2010, pp. 491-495.

³⁸⁷ OTTO PARDO, Ignacio de, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 13-14, comillas del original.

³⁸⁸ ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989. En sentido semejante, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, p. 97, para quien “el principio democrático es un principio estructurador del sistema constitucional”.

³⁸⁹ Cabe aclarar que dicho propósito se introdujo con el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985.

En abstracto, la defensa colectiva es el esfuerzo multilateral que en común busca prevenir y proteger, de forma pacífica,³⁹⁰ situaciones que pongan en peligro la existencia de un principio, bien o valor determinado, al cual las partes le han otorgado relevancia fundamental para los fines y objetivos que persiguen. Lo anterior puede incluir procedimientos y mecanismos de preservación y garantía.³⁹¹ En este sentido, la ayuda y la solidaridad son obligaciones indispensables para el buen funcionamiento de los mecanismos de defensa y, así, evitar daños y desequilibrios.³⁹²

Desde esta posición enunciada, prácticamente pueden ser susceptibles de defensa un sinnúmero de principios, bienes o valores comunes, según la importancia que adquieren para las partes. Para el tema en cuestión, la defensa colectiva de la democracia precisamente tiene que ver con el compromiso de los Estados americanos de integrar, proteger y garantizar el principio democrático en el ámbito interno de sus territorios, pero, sobre todo, cumplir con sus obligaciones de solidaridad y cooperación internacional en materia democrática en la región. En este sentido, el Preámbulo de la CDI señala como uno de sus objetivos: “[...] precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos e instrumentos básicos concordantes, relativas a la preservación y defensa de las instituciones democráticas, conforme a la práctica establecida”. En resumidas cuentas, si hablamos de defensa de la democracia también, en cierto sentido, nos estamos refiriendo a ese propósito esencial de la OEA de promover la democracia en la región, donde se inserta como una de sus principales acciones.

La proclamación en 2001 de la CDI representa la síntesis y sistematización de un largo proceso de construcción del régimen de promoción de la democracia a nivel regional, que bien puede ubicarse su inicio en la década de los noventa, con la adopción

³⁹⁰ Literalmente el artículo 22 Carta OEA dice lo siguiente: “Los Estados americanos se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir al uso de la fuerza, salvo el caso de legítima defensa, de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de dichos tratados”.

³⁹¹ Con FARER, Tom, “Collectively Defending Democracy in the Western Hemisphere. Introduction and Overview”, en FARER, Tom (ed.), *Beyond Sovereignty: Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore (Maryland), The John Hopkins University Press, 1996, pp. 4 y ss., se alcanza a percibir, por un lado, que estos mecanismos o procedimientos colectivos de preservación y garantía de la democracia en la región son muestra de la relativización del concepto tradicional de soberanía de los Estados y, por el otro, de las acciones sincrónicas desde el ámbito internacional («external actors»). Aunque cabe decir que para este autor hay un estrecho vínculo entre la defensa colectiva de la democracia con el mantenimiento de la paz y, por tanto, de la seguridad en la región. Por lo que considera la plausibilidad del uso de la fuerza (intervenciones militares) para restaurar el orden democrático, basándose en ciertos casos sucedidos en el continente, esencialmente el de Haití.

³⁹² El artículo 29 Carta OEA remarca las obligaciones de solidaridad entre los Estados americanos.

principalmente de dos documentos: la Resolución 1080 (1991) y el Protocolo de Washington (1992).³⁹³ Según alude Legler, esto es lo que podemos llamar el período formativo.³⁹⁴

La esencia de la CDI contiene dos ingredientes que la caracterizan: por un lado, (1) la definición tanto de los «elementos esenciales» de la democracia como de los «componentes fundamentales» para su ejercicio y, por el otro, (2) la reglamentación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia en el continente americano.³⁹⁵

Respecto al primero, los vocablos elegidos (elementos esenciales y componentes fundamentales) pueden ser criticados por su similitud, llevando a confusión si no son contextualizados con su contenido. Lo que provoca una distinción borrosa, arenosa, sobre la que bien puede impedirse la construcción de subsecuentes niveles de interés o desarrollo. Es decir, las palabras *elementos* y *componentes* en realidad pueden ser usadas como sinónimos,³⁹⁶ ambas refieren que forman parte de algo, y en este caso sería de la democracia. Lo mismo ocurre con el significado de *esenciales* y *fundamentales*,³⁹⁷ que remiten al carácter principal de algo. En síntesis, estas frases significan lo mismo. Como puede verse, no es afortunada la elección de los vocablos ya que no habría una diferencia conceptual entre elementos esenciales y componentes fundamentales que, por otro lado, la CDI caracteriza de forma distinta, dándoles un contenido diferenciado.

La razón de lo anterior puede encontrarse en la distinción de grado que pretendieron hacer los redactores del documento, tanto los elementos esenciales como los componentes fundamentales forman parte de un todo, de la democracia, sin embargo, por cuestiones de funcionalidad entre los supuestos para activar los

³⁹³ Para un análisis de la aplicación de la Resolución 1080, ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, presentación de Laurence Burgogue-Larsen y prólogo de Manuel Pérez González, Madrid, Reus, 2007, pp. 183-192. Asimismo, ACEVEDO, Domingo E. y GROSSMAN, Claudio, "The Organization of American States and the Protection of Democracy", en FARER, Tom (ed.), *Beyond Sovereignty: Collectively Defending Democracy in the Americas*, op. cit., pp. 137 y ss.

³⁹⁴ LEGLER, Thomas, op. cit., p. 113.

³⁹⁵ NIKKEN, Pedro, "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", *Revista IIDH*, núm. 43, enero-junio, 2006, p. 18.

³⁹⁶ Según el *Diccionario de la Real Academia de la lengua española*, 22a. ed., se entiende por *elemento*, entre otras acepciones, "la parte integrante de algo" o "en una estructura por piezas, cada una de estas". Por otro lado, la misma fuente define *componente* en los términos siguientes: "que compone o entra en la composición de un todo".

³⁹⁷ Esencial significa "sustancial, principal, notable" y fundamental "que sirve de fundamento o es lo principal en algo", *ibídem*.

mecanismos de defensa colectiva, decidieron escindirlos conforme el argumento de que unos son indispensables para el sistema democrático y otros necesarios para su ejercicio. Así, conforme con la lógica de la CDI, los ataques o afectaciones a los elementos esenciales les corresponden acciones de defensa más graves o severas, se les otorga un rango mayor de protección si se comparan con las acciones emprendidas cuando se tratan de afectaciones a los componentes fundamentales.³⁹⁸

Veamos pues que dicen los artículos 3 y 4 CDI. El primero de estos enuncia textualmente:

“Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

Por su parte el artículo 4 CDI establece lo siguiente:

“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales; la probidad; la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

Según puede apreciarse el contenido de ambos artículos, en cierta medida, difiere formal y materialmente. Sin embargo, no se puede negar la interrelación o conexión existente entre ellos (por ejemplo, el respeto a las libertades fundamentales incluye, por supuesto, la libertad de expresión y de prensa; y el respeto al estado de derecho incluye la separación e independencia de los poderes públicos). Como también es cierto que los derechos democráticos descritos son derechos fundamentales.

Por otra parte, la expresión “entre otros” del citado artículo 3 hace pensar en que no es una lista cerrada, elementos *numerus clausus*. Desde esta perspectiva, resulta pertinente preguntarse qué otros elementos serían fundamentales para la democracia,

³⁹⁸ Para NIKKEN, Pedro, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas...”, op. cit., p. 20, “La CDI no define qué diferencia conceptualmente los «elementos esenciales» de los «componente fundamentales» [...] las diferencias deben apreciarse desde el ángulo de la gravedad de los atentados contra los «elementos esenciales» de los «componentes fundamentales», lo que implicaría que, considerados aisladamente, el quebrantamiento de los primeros implicaría la más perturbadora lesión a la democracia”.

pero no solo por curiosidad académica sino para que puedan ser efectivamente reconocidos como supuestos de daño a la democracia y, en consecuencia, activar los mecanismos de defensa de la CDI. Pues de no resolverse, creo, nos estaríamos enfrentando a elementos *invisibles*, es decir, no se ven a simple vista pero sabemos que están (o estarán) presentes en algún lado. Pero quizás esta sea su ventaja, su apertura a nuevos elementos permite que los operadores jurídicos, principalmente los jueces, opten por una interpretación evolutiva y adapten a las necesidades y exigencias sociales los elementos esenciales de la democracia.³⁹⁹

El segundo ingrediente esencial de la CDI tiene que ver con su aplicación y por tanto es el espacio donde los órganos políticos de la OEA tienen una participación activa. La CDI contempla cuatro supuestos o situaciones distintas de crisis de la democracia que responden a los diferentes grados en que puede ser afectada,⁴⁰⁰ que están provistos de sus respectivos procedimientos y medidas de acción colectiva: el riesgo del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder en un Estado miembro de la OEA (art. 17); las situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder en un Estado miembro de la OEA (art. 18); una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático en un Estado miembro de la OEA (art. 20); y, la ruptura del orden democrático en un Estado miembro de la OEA (art. 21). Por otro lado, para la configuración de tales supuestos es necesario vincularlos a la vulneración de los ya mencionados elementos esenciales y componentes fundamentales de la democracia representativa.⁴⁰¹

Durante los casi catorce años que lleva de existencia la CDI, la OEA la ha invocado o hecho valer en varias ocasiones a propósito de diversas crisis democráticas ocurridas en el continente: Venezuela (2002), Bolivia (2003, 2005 y 2008), Ecuador (2005), Haití (2005), Nicaragua (2005) y Honduras (2009). Probablemente lo sucedido en el primero y último de estos casos sean los más significativos en la intervención de la OEA a través de la CDI. En el episodio del golpe de Estado contra el Presidente Hugo Chávez, el 11 de abril de 2002 en Venezuela, la OEA calificó la situación conforme al artículo 20 CDI (alteración grave). Sin embargo, dado el desenlace de los acontecimientos en un intento fallido del golpe, su actuación se centró en el apoyo al

³⁹⁹ Sobre el uso de la interpretación evolutiva en el nivel regional, véase (*infra*) el epígrafe II.4.B.

⁴⁰⁰ NIKKEN, Pedro, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas...”, op. cit., p. 32.

⁴⁰¹ Para un análisis pormenorizado de su configuración jurídica, ibídem, pp. 33 y ss.

gobierno chavista para volver al orden democrático y fungir como mediador en las negociaciones entre la dividida y polarizada sociedad venezolana.⁴⁰² En el caso de Honduras, frente al golpe de Estado y destitución del Presidente Manuel Zelaya, la OEA aplicó el artículo 21, suspendiendo a dicho país el ejercicio de su derecho de participación en la Organización.

Establecido lo anterior, y a estas alturas, nos queda por saber quiénes tienen la competencia dentro de la Organización para conocer, evaluar, resolver y aplicar las disposiciones de la CDI en materia de defensa colectiva de la democracia. Respecto a esto no habría mayores dificultades, pues se asigna la competencia a los principales órganos de dirección de la OEA: el Secretario General, el Consejo Permanente y la Asamblea General, los cuales intervienen separada o conjuntamente, según el caso.⁴⁰³

De esto lo que me interesa destacar, y es punto importante para nuestro tema, es que todos ellos son órganos políticos que responden a impulsos, intereses y presiones cambiantes, inestables, lo que hace depender en gran medida la aplicación de las disposiciones de la Carta Democrática a la voluntad política de los Estados miembros.⁴⁰⁴ En otras palabras, la aplicación de la CDI en materia de defensa de la democracia se encuentra en un terreno político, donde pesan más los intereses del momento que la razón jurídica; y, a diferencia de la jurisdicción interamericana, estos órganos no responden a una disciplina jurídica característica de la esfera judicial, más

⁴⁰² Véase ÚBEDA DE TORRES, Amaya, op. cit., pp. 192-195, quien también evalúa la utilización de la CDI en los casos de Haití y Bolivia. Asimismo, COOPER, Andrew y LEGLER, Thomas, *Intervention without Intervening? The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, New York, Palgrave Macmillan, 2006, en especial “Passing the (First) Test? The Venezuelan Coup of April 11, 2002”, p. 104 y ss., y LEGLER, Thomas, “Venezuela 2002-2004: The Chávez Challenge”, en LEGLER, Thomas, LEAN, Sharon F. y BONIFACE, Dexter S. (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, Baltimore (Maryland), The John Hopkins University Press, 2007, pp. 216 y ss.

⁴⁰³ Véanse los artículos 17 al 22 CDI; asimismo, también el trabajo del antiguo comisionado interamericano AYALA CORAO, Carlos, “Los mecanismos internacionales para la protección colectiva de la democracia en la Carta Democrática Interamericana”, NIKKEN BELLISHAW-HÓGG, Pedro y AYALA CORAO, Carlos, *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, Comisión Andina de Juristas-The Carter Center, 2006, pp. 100, 104 y 109.

⁴⁰⁴ En este sentido García-Sayán nos recuerda que todo instrumento jurídico: “[...] debe su operatividad a las decisiones que se adopten –o no– por los órganos o autoridades encargados de hacerlo en función de las situaciones específicas en las que sus disposiciones pudiesen resultar aplicables” y, más adelante, “[...] la vitalidad y eficacia de la Carta Democrática Interamericana está en función de cómo se aplique e interprete. Y ello depende, ante todo, de quienes tienen las facultades de aplicarla e interpretarla”, GARCÍA-SAYÁN, Diego, “La protección internacional de los derechos políticos en el contexto interamericano: la Carta Democrática Interamericana”, *Revista IIDH*, núm. 42, julio-diciembre, 2005, pp. 109 y 117, respectivamente.

bien sus actuaciones preferentemente se rigen por los estándares de la negociación y prudencia políticas, la gestión diplomática y los buenos oficios.⁴⁰⁵

Con lo expuesto hasta aquí, podemos decir con cierta certeza que este es el espacio primario donde tiene aplicación la CDI, convirtiéndose en el instrumento fundamental de la OEA para la defensa de la democracia en la región, y su operatividad y eficacia depende, mayormente, de los órganos políticos de la Organización.

b. Protección individual de derechos

El otro sector o espacio del sistema interamericano donde comienza a tener efectos visibles la CDI, y esto es parte de lo que se sostiene en este trabajo, es en la protección de los derechos políticos reconocidos por la CADH, a través de la Corte Interamericana, quien contempla a la Carta Democrática como un documento relevante para la interpretación e integración de estos derechos.

Básicamente el sistema interamericano de derechos humanos está conformado por la CIDH y la CorteIDH, órganos creados con la misión fundamental de tutelar los derechos humanos en la región, teniendo como vértice la Convención Americana y sus Protocolos. Cuando entró en vigor la Convención Americana, el 18 de julio de 1978,⁴⁰⁶ los órganos políticos de la OEA, principalmente la Asamblea General (como órgano supremo de la Organización), se dieron a la tarea de organizar el establecimiento de la Corte Interamericana,⁴⁰⁷ siendo el tribunal competente para conocer de la interpretación y aplicación precisamente de las disposiciones de ese instrumento (artículo 62.3 CADH). Para ello, la Asamblea General celebró dos períodos extraordinarios de sesiones, el Sexto y el Séptimo, en el primero determinaron el lugar donde tendría su

⁴⁰⁵ Los testimonios diplomáticos de ISHMAEL, Odeen, op. cit., en especial los capítulos 25 (p. 72), 27 (p. 80), 33 (p. 99) y 36 (p. 111), que siguen un itinerario cronológico, muestran la discusión del borrador de la CDI donde se hace patente el origen y objetivo propio de tal documento, su posterior aplicación política, así como las posiciones adoptadas en torno a la democracia representativa por los países caribeños en el seno de la OEA.

⁴⁰⁶ Conforme con el artículo 74 CADH, estableciendo que “[...] Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor”.

⁴⁰⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, San José de Costa Rica, CorteIDH-Unión Europea, 1999.

residencia el tribunal regional⁴⁰⁸ y, en el segundo, eligieron a los jueces que lo compondrían.⁴⁰⁹

La Corte Interamericana está compuesta de siete jueces elegidos a título personal, lo que quiere decir que no son representantes nacionales del Estado de donde son originarios. El ejercicio del cargo de juez interamericano es incompatible con aquellas actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad.⁴¹⁰ En este sentido, el artículo 18.1 del Estatuto de la Corte Interamericana refiere directamente ciertos cargos que evidentemente entrarían en conflicto: miembros o altos funcionarios del Poder Judicial, jefes de misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros, y funcionarios de organismos internacionales. Además, inserta una cláusula abierta que deberá ser actualizada según el caso particular: “[...] cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo”.

Dentro del *corpus iuris* interamericano la única referencia expresa sobre la naturaleza jurídica de la CorteIDH la ofrece su Estatuto (art. 1) definiéndola como una “institución judicial autónoma”.⁴¹¹ Sobre el particular, tempranamente la propia Corte Interamericana afirmó que “[...] es, ante todo y principalmente, una institución judicial

⁴⁰⁸ Como se sabe, conforme con el artículo 58 CADH, fueron los Estados parte en la Convención en aquellos momentos quienes determinaron el lugar de la sede de la Corte Interamericana, eligiéndose la ciudad de San José de Costa Rica. Por otra parte, cabe destacar que esa sede no es de alguna forma definitiva, en tanto a los Estados parte en la Convención les está permitido cambiarla, según el mismo artículo citado, aunque habría que decir que actualmente se vuelve más complicado, por el mayor número de Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana, llegar a un acuerdo o consenso sobre un hipotético cambio de sede.

⁴⁰⁹ La primera integración histórica de la Corte Interamericana fue la siguiente: Thomas Buergenthal, Máximo Cisneros Sánchez, Huntley Eugene Munroe, César Ordóñez Quintero, Rodolfo Piza Escalante, Carlos Roberto Reina Idiáquez y Miguel Rafael Urquía Martínez. Cabe mencionar que este último renunció a su cargo, por lo que no estuvo presente en la primera reunión que tuvo la Corte Interamericana, los días 29 y 30 de junio de 1979, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, op. cit., p. 10. Posteriormente, Pedro Nikken fue nombrado para ocupar la plaza vacante.

⁴¹⁰ Sobre el concepto de imparcialidad judicial (y sus dos ámbitos: objetivo y subjetivo), véanse, en el contexto europeo, GARCÍA ROCA, Javier y VIDAL ZAPATERO, José M., “El derecho a un Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), op. cit., pp. 376 y ss., y en el contexto de la jurisprudencia interamericana, MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago de Chile, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, 2005, epígrafe “Tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad a la ley”, en específico pp. 298 y ss.

⁴¹¹ En opinión de PIZZOLO, Calogero, *Sistema interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediar, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 202, “tal expresión [autónoma] debe ser entendida en el sentido de que ejerce su competencia de modo absolutamente independiente, sin ningún tipo de influencia externa”.

autónoma” y “representa, además, el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención”.⁴¹²

En este contexto, la autonomía queda vinculada a la capacidad de la CorteIDH de tomar sus decisiones judiciales de forma independiente, sin la intervención de actores externos, sean interamericanos o no. Para ello, resulta necesario distinguir entre las decisiones que tienen que ver con las cuestiones administrativas, presupuestarias e institucionales, donde el tribunal, siguiendo la lógica de su pertenencia a una organización regional, termina por compartir el proceso de decisión con otros actores interamericanos, de aquellas otras decisiones de carácter judicial, estrictamente vinculadas con los casos sometidos a sus funciones jurisdiccional y consultiva, y que son resueltas de forma exclusiva e independiente por el seno de la CorteIDH.

De igual forma que otros tribunales regionales de derechos humanos, la Corte Interamericana toma sus decisiones –fundamentalmente las relativas a las cuestiones de fondo– a través de un proceso deliberativo propio de los órganos judiciales colegiados. De forma general se puede afirmar que estas decisiones son tomadas con la aprobación unánime o por mayoría de los integrantes. No obstante lo anterior, en el caso de que alguno de los jueces esté en desacuerdo o manifieste un razonamiento distinto con la decisión adoptada por la mayoría, ya sea en su totalidad o algún punto específico de su contenido, tiene la posibilidad de así manifestarlo a través de un voto particular, y que es agregado a la decisión en cuestión.⁴¹³

⁴¹² CorteIDH, Opinión consultiva OC-1/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), de 24 de septiembre de 1982, párr. 22.

⁴¹³ El antiguo juez interamericano García Ramírez describe y advierte la utilidad de los votos de la siguiente manera: “[...] los votos individuales contribuyen a perfilar las coincidencias y las diferencias, y sobre todo a llevar más allá de los términos de una sentencia o de una opinión consultiva la reflexión judicial sobre aspectos relevantes de éstas: temas sustantivos y procesales, cuyo análisis resulta útil para ampliar el conocimiento de las cuestiones controvertidas y preparar nuevos desarrollos jurisprudenciales”, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: votos particulares*, Guadalajara (México), Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente-Universidad Iberoamericana-Universidad de Guanajuato, 2005, p. iv (debido al año en que fue editada esta obra, no se encuentran la totalidad de los votos emitidos por dicho juez, por lo que debe complementarse con otra de fecha más reciente, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2014); en el mismo sentido RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Guía modelo para su lectura y análisis*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p. 28. Sobre el tratamiento doctrinal de esta institución, en el nivel internacional, véase GROS ESPIELL, Héctor, “Opiniones disidentes y separadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, núm. III, 1987-1989, pp. 23-43 y, en el nivel constitucional, el interesante y detallado estudio de FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Las «dissenting opinions»: de su inicial adscripción a los sistemas de «common law» a su progresiva

Otro punto importante a destacar es que el ámbito de protección de derechos humanos, según alcanzo a entender, se rige por estrictas obligaciones jurídicas durante todo el procedimiento que se sigue ante sus órganos de protección, impuestas por la normativa interamericana, es decir, funciona acorde con principios jurídicos propios de una jurisdicción internacional de derechos humanos (subsidiariedad, legalidad, debido proceso) que poco tienen que ver con los estándares políticos y diplomáticos utilizados por los órganos políticos de la OEA. La primera parte del artículo 8 CDI parece abonar en tal dirección: “Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo”.

En otras palabras, si el espacio defensivo de la democracia en el sistema interamericano corresponde a los órganos políticos de la OEA, el espacio de protección individual de los derechos humanos compete precisamente a los órganos del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. Parece elemental, hasta cierto punto una tautología, pero resulta clave para mantener una distinción firme entre los espacios de aplicación de la CDI. Así, en palabras de Nikken,⁴¹⁴ antiguo juez de la CorteIDH:

“[L]a CDI *no es un instrumento para la protección de derechos individuales*, ni para remediar situaciones en las cuales el aparato del Estado, al no estar bien adecuado a la obligación a cargo de éste de garantizar los derechos humanos a todas las personas bajo su jurisdicción, acarrea violaciones a tales derechos que pueden singularizarse y resolverse independientemente, pues es esa la función que cumple el sistema regional de derechos humanos, cuando se reúnen los requisitos para tener acceso al mismo”.

De lo anterior, es pertinente recordar en consonancia con uno de los ya referidos elementos esenciales de la democracia (*el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales*), que no obstante que la CDI no pueda por sí sola amparar derechos individuales o corregir faltas estatales en el cumplimiento de sus obligaciones de garantizar los derechos humanos en su territorio, si abre la puerta de entrada a situaciones graves y extremas que representen la violación masiva y sistemática de

generalización en el ámbito de la justicia constitucional”, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2008, t. I, pp. 227-559.

⁴¹⁴ NIKKEN, Pedro, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas...”, op. cit., p. 31, cursivas no del original.

derechos humanos, supuesto que habilitaría la utilización de los mecanismos colectivos de defensa.⁴¹⁵

B. *Naturaleza jurídica*

A lo largo de los apartados anteriores se fueron mencionando algunas características que en conjunto permiten tener un primer acercamiento a la naturaleza jurídica de la CDI. En primer término, en el proceso de elaboración se adoptó como resolución de la Asamblea General de la OEA, de forma unánime. Posteriormente, se dijo que principalmente su objeto y fin es la defensa colectiva de la democracia en la región. Luego se explicó que el terreno político es el espacio principal de aplicación. Y, por último, que no es propiamente un tratado internacional de derechos humanos. En suma, puede considerarse como una declaración política. Pero veámoslo con mayor detenimiento.

En efecto, desde la disciplina del Derecho Internacional Público, la CDI es una resolución emitida por una organización internacional, no es ni un tratado internacional general ni mucho menos un tratado de derechos humanos. De hecho, las resoluciones de las organizaciones internacionales dependen de la existencia previa de un tratado.⁴¹⁶ En otros términos, sin tratado que previamente instituya la creación de cualquiera organización internacional, difícilmente podrían darse las condiciones materiales para la existencia de las resoluciones internacionales. Por ello, la diferencia, si se quiere abismal, entre las resoluciones de las organizaciones internacionales y los tratados internacionales reside en el alcance de sus obligaciones y el nivel como fuente autónoma del derecho internacional.⁴¹⁷

Las resoluciones internacionales son una forma institucionalizada de elaborar normas internacionales obligatorias para los órganos y funcionarios de la Organización

⁴¹⁵ Nikken expresa que “la interrogante fundamental no está dirigida a determinar cuáles son los derechos humanos y cómo se define su contenido, sino más bien a dilucidar en qué supuesto su violación es de tal entidad que debe considerada afectada la *esencia* del sistema democrático de gobierno”, *ibídem*, p. 21, cursivas del original.

⁴¹⁶ Para PASTOR RIDRUEJO, José A., *op. cit.*, p. 149, las resoluciones de las organizaciones internacionales “[...] obtienen su autoridad normativa del tratado instituyente de la organización”.

⁴¹⁷ En opinión del autor citado, las resoluciones de las organizaciones internacionales “[...] no constituyen fuentes independientes y autónomas del Derecho internacional”, *ibídem*, p. 150.

y, en ocasiones, pueden serlo también para los Estados miembros.⁴¹⁸ Por su parte, en general puede decirse que los tratados se consideran el principal y más importante instrumento normativo de derechos y obligaciones que pueden celebrar los entes de la comunidad internacional, principalmente los Estados.⁴¹⁹ El régimen al cual se sujetan los tratados exige el cumplimiento de principios, actos y reglas estrictas, como la adopción del texto, la autenticación del mismo, la manifestación del consentimiento, las reservas, la entrada en vigor, la aplicación, la interpretación, la terminación, entre otras cuestiones.⁴²⁰ De igual forma, los tratados requieren de un procedimiento particular para su enmienda, en especial cuando son multilaterales.⁴²¹

Sintéticamente esbozado el marco general de las resoluciones de organizaciones internacionales, vayamos al caso concreto. Las características propias de la CDI, sin dejar de ser una resolución, la ubican en una situación inusual con un rango superior. A esto contribuye la unanimidad con la que fue adoptada ya que puede dar lugar a estimarla como la *opinio iuris* en la materia,⁴²² una categoría relevante al momento de compararla con otras resoluciones emitidas por la misma Asamblea General de la OEA. Además no debemos pasar por alto que la forma de *Carta* que se le asigna, en tanto nos indica de nueva cuenta la pretensión de otorgársele otra categoría, por lo menos distintiva del resto de resoluciones comunes que tienen que emitir los órganos de dirección, ya que en el fondo se refiere a uno de los principios y objetivos que dirigen el quehacer de la Organización.⁴²³

La doctrina ha dicho al respecto que es un “mecanismo de presión diplomática” y dada su naturaleza de “*instrumento político* [...] carece de la precisión y rigor que

⁴¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 149 y ss. Este último punto, la obligatoriedad para los Estados miembros, puede apreciarse –argumenta Pastor Ridruejo– en el caso de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁴¹⁹ Para la definición de un tratado la doctrina se basa en la establecida por el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, de 23 de mayo de 1969, donde sus elementos principales son: es un acuerdo internacional celebrado por escrito, regido por el Derecho internacional, y puede constar en instrumento único o varios. Por otro lado, respecto a los sujetos de los tratados, sigo las observaciones de Pastor Ridruejo, para quien los acuerdos internacionales concluidos por organizaciones internacionales, sean con sus pares o con los Estados, también son tratados, *ibidem*, p. 87 y 88.

⁴²⁰ Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, de 23 de mayo de 1969.

⁴²¹ PASTOR RIDRUEJO, José A., *op. cit.*, p. 119.

⁴²² Para Pastor Ridruejo hay ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que reflejan la *opinio iuris* general o colectiva en temas específicos y para verificarlo hay que tener en cuenta las condiciones de su adopción, así: “Sólo una adopción unánime, o mayoritaria pero suficientemente representativa, daría lugar a la formación de esa clase de *opinio iuris*”, *ibidem*, p. 152. Y por analogía es aplicable al caso de la OEA.

⁴²³ Otra resolución que adopta la misma forma es la reciente *Carta Social de las Américas*, que busca seguir y complementar la senda de la CDI, véase la nota 365.

deben caracterizar a los tratados”.⁴²⁴ Entonces, ¿cuál es el valor jurídico de la CDI? Definitivamente no es una simple Carta que carezca de valor alguno, sin eficacia, al contrario. Pero más que describir la valía y efectos en el rubro de la defensa colectiva de la democracia, quisiera referirme a su valor para la protección de derechos humanos. Si se me permite la analogía, la CDI tiene relevancia hermenéutica,⁴²⁵ al igual que la función asignada a los preámbulos de tratados internacionales de derechos humanos,⁴²⁶ es decir, sus disposiciones no pueden fundamentar por sí solas la violación de derechos humanos, pero sirven de soporte para «comprender» y «obtener una visión general y panorámica».⁴²⁷ Es un contexto hermenéutico particularizado, que sirve de criterio interpretativo al momento de valorar las violaciones a los derechos políticos reconocidos por la CADH y pauta para aclarar dudas conceptuales sobre la democracia. Que no es poca cosa, como se verá en la revisión jurisprudencial.

C. El vínculo democracia y derechos humanos

Históricamente el fortalecimiento y ejercicio efectivo de la democracia han sido –y siguen siéndolo– temas claves en la agenda de la OEA. El Preámbulo de la Carta OEA –instrumento principal del *corpus iuris* interamericano– proclama la democracia

⁴²⁴ NIKKEN, Pedro, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas...”, op. cit., pp. 40 y 53, respectivamente, cursivas del original. Por su parte, VIO GROSSI, Eduardo, “Fortaleza y debilidades de la Carta Democrática Interamericana: una perspectiva jurídica”, en *Seminario internacional “La Carta Democrática Interamericana: realidad y desafíos a 10 años de su adopción”*, Santiago, Chile, 1 y 2 de diciembre de 2010, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile-OEA, 2011, p. 60, juez interamericano que se ha caracterizado por ser un defensor de la interpretación de la CADH a la luz del Derecho de los Tratados, principalmente siguiendo la Convención de Viena (véase a modo de ejemplo, entre otros, su voto concurrente a la sentencia del **Caso López Mendoza**), manifiesta al respecto que “La CDI no es un tratado ni tampoco una norma consuetudinaria o un principio general de derecho. Es sólo una resolución [...]”.

⁴²⁵ Previamente, en este mismo capítulo, se había señalado la importancia de la pre-comprensión, del contexto, en la interpretación de los principios contenidos en el Preámbulo CADH. Véase, GADAMER, Hans-Georg [1960], *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, op. cit. y [1975], *Verdad y método II*, 5a. ed., traducción de Manuel Olasagasti, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2002, en específico “Sobre el círculo de la comprensión (1959)”, pp. 51-62.

⁴²⁶ Cfr. GARCÍA ROCA, Javier, “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio...”, op. cit., p. 28. En el orden interno, para TAJADURA TEJADA, Javier, *El preámbulo constitucional*, Granada, Comares, 1997, pp. 26 y 27, cursivas del original, los textos preambulares carecen de valor normativo directo, entendiéndose que las “disposiciones preambulares por sí solas no son fuente de derecho objetivo, es decir no pueden construirse normas a partir sólo de ellas”. Sin embargo, los preámbulos sí que tendrían un “valor normativo indirecto”. Esto significa que “[...] las disposiciones preambulares son normativas en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado” y “[...] en cuanto el intérprete puede obtener la norma valiéndose –o combinando– tanto de las disposiciones del articulado como de las del preámbulo”.

⁴²⁷ GARCÍA ROCA, Javier, “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio...”, op. cit., p. 27.

como condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región. Esta democracia debe entenderse en principio como representativa, pero no exclusivamente (véase *infra* epígrafe D.a), conforme con el contenido de distintos artículos de dicha Carta (arts. 2 incisos b, d y f, y 9 incisos a y d).

Por ello, íntimamente ligado a dichos temas claves, se discutió en la Organización la creación de un instrumento con efectos jurídicos vinculantes (plena obligatoriedad) para la protección de los derechos y principios reconocidos, previamente, en la Declaración Americana.⁴²⁸ Para el Comité Jurídico estos dos tópicos, democracia y derechos humanos, mostraban una relación no sólo posible sino evidente, entendiéndose que un régimen democrático debe necesariamente basarse en ciertos derechos y libertades esenciales.⁴²⁹

Posteriormente, con la proclamación en 1969 de la Convención Americana queda definitivamente establecida esa relación de mutua interacción: tanto los derechos para su eficaz desarrollo y respeto requieren de la existencia de un régimen democrático, como a su vez, este último para su plena vigencia necesita de la práctica de los derechos y los principios que protege. Particularmente del principio democrático y de «la facultad del pueblo para escoger sus mandatarios en elecciones libres».⁴³⁰

Otros instrumentos regionales fueron proclamados en materia democrática, contribuyendo a evidenciar la necesidad de fortalecer los derechos políticos de grupos vulnerables (por ejemplo, entre otros, la *Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Políticos a la Mujer*, de 1948). Sin embargo fue hasta 2001, más de treinta

⁴²⁸ CJI, *Fortalecimiento y ejercicio efectivo de la democracia...*, op. cit.

⁴²⁹ CJI, *Estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia...*, op. cit., p. 2. Asimismo, desde una perspectiva más actual pero en el mismo sentido, NIETO NAVIA, Rafael, “El Estado democrático en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, VV. AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, op. cit., p. 136, quien considera que “[...] los derechos humanos tal como están contemplados en la Declaración y la Convención americanas, no son comprensibles sino en un Estado democrático, que implica, por definición, la existencia de un estado de derecho. Es posible que en un Estado totalitario se consagren varios de los derechos individuales contemplados en los pactos internacionales. Pero es el estado de derecho el que pone un límite al poder de las autoridades y representa una garantía del respeto a la dignidad del ser humano y a sus derechos esenciales, límite y garantía que no existen en el Estado totalitario”.

⁴³⁰ CJI, *Estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia...*, op. cit., p. 2. En este sentido, esto que puede definirse como «interdependencia» también tiene su reflejo –según García-Sayán– en los principales instrumentos interamericanos: “Asimismo, desde los inicios de la OEA, la democracia y el respeto a los derechos esenciales del hombre fueron concebidos de manera interdependiente. Esta vinculación está presente en el Preámbulo de la Carta, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, particularmente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, véase su *Voto concurrente* a la sentencia *YATAMA vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 4.

años después de la adopción de la Carta OEA, cuando el vínculo democracia y derecho humanos se explicita con la CDI.⁴³¹

D. *El doble objetivo*

La relevancia de la Carta Democrática se encuentra, a mi parecer, en dos frentes: la *reafirmación compleja* del principio democrático como guía y orden del sistema interamericano y la *renovación* con varios conceptos y elementos la caracterización de la democracia en la región.

a. *Reafirmar el principio democrático como principio complejo*⁴³²

El término democracia representativa aparece explícitamente en varias ocasiones (en el Preámbulo y los arts. 2 y 3). Esto, como no podía ser de otra forma, tiene raíz en su proceso de creación y es reflejo fiel de la herencia histórica regional de la cual forma parte (según se describió al principio de este apartado). Desde esta perspectiva, la CDI no es una ruptura con el modelo tradicional, sino su reafirmación (que va más allá, es cierto, pero sin dejar de respetarlo). Pero, a partir de esto, ¿deberá entenderse que la CDI se encuentra cerrada a la democracia participativa?⁴³³

⁴³¹ Este vínculo indivisible se manifiesta, por ejemplo, en su Preámbulo y el artículo 7. El primero, en uno de sus apartados, dice lo siguiente: “Reafirmando que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia”. En tanto, el segundo literalmente establece: “La democracia es *indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos*, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”, cursivas no del original.

⁴³² Aquí tomo prestada una tesis propuesta por Gomes Canotilho, quien caracteriza el principio democrático-normativo como un *principio complejo* al integrar la relación dialéctica entre el elemento representativo y el elemento participativo de la democracia, GOMES CANOTILHO, José J., op. cit., pp. 288-289 y 294 y ss.

⁴³³ Sin entrar al debate teórico que distingue entre democracia participativa, democracia directa y democracia semidirecta, para los fines concretos de este trabajo entenderé englobados dentro del concepto de democracia participativa, que es más amplio, los mecanismos de democracia directa o semidirecta que son usados actualmente en contextos de democracia representativa. Por lo que hago un uso indistinto de ellos, en tanto buscan en su esencia incidir sin intermediarios (representantes) en los asuntos públicos.

Para la CDI resulta inevitable enfrentarse a la tensión que supone la imbricación de la democracia representativa con la democracia participativa. Los datos existentes en la región de prácticas consolidadas de democracia directa en un ramillete bastante nutrido de Estados miembros de la OEA no puede pasar desapercibido, y menos ser ignorado, para el fin que persigue.⁴³⁴ Además se debe tomar en consideración que varios de los países que asistieron a la discusión y aprobación de la CDI ya contaban con legislaciones sobre la materia, y puesta en práctica.⁴³⁵

Si bien es verdad que la CDI no contiene ninguna referencia textual a la democracia participativa, ni a sus instituciones o mecanismos más conocidos (plebiscito, iniciativa popular, referéndum, elección directa de jueces, revocación de mandato, etcétera), tampoco refiere expresamente contradicción alguna con las formas asentadas de la democracia representativa.⁴³⁶ Antes bien, alienta su confluencia o complementariedad. Distinto de lo que sucede en el Convenio Europeo, que debido a lo cerrado de las expresiones contenidas en el artículo 3 del Protocolo 1 impide incluir mecanismos de democracia directa, como los referendos, y en cambio “parece contentarse con la idea de democracia representativa”.⁴³⁷ Modelo que básicamente es el que ha protegido el TEDH.⁴³⁸

Por un lado, en el mismo Preámbulo de la CDI se asentó que “reafirmando que el carácter participativo de la democracia en nuestros países en los diferentes ámbitos de la actividad pública contribuye a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en el Hemisferio”, con lo que parece insinuarse que la democracia tiene una raíz o *carácter participativo*, pero esto último razonablemente

⁴³⁴ Sobre democracia participativa los análisis son abundantes, un buen punto de partida para adentrarse en sus ramificaciones lo proporciona ALTMAN, David, *Direct Democracy Worldwide*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 112 y ss., quien dedica varios epígrafes a la situación en Latinoamérica, en especial al caso uruguayo.

⁴³⁵ Esto es un detalle no menor que resulta relevante al comparar la democracia que incentiva la CDI frente a las legislaciones nacionales en materia democrática, normativas que en muchas ocasiones eran anteriores a la proclamación formal de aquélla y que de alguna forma debían encontrar cabida. Algunos de los principales países con experiencia en la práctica de alguno de los mecanismos de democracia directa son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, Nicaragua, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, *ibídem*, pp. 117-135.

⁴³⁶ En mi opinión desde su origen se mostró favorable a mejores prácticas para la participación directa de la sociedad, muestra de ello es la apertura por parte de la OEA del proceso mismo de confección de la CDI a la opinión de las organizaciones de la sociedad civil, véase el epígrafe 2.E.

⁴³⁷ GARCÍA ROCA, Javier, “Del compromiso internacional de los Estados...”, *op. cit.*, pp. 906 y 927, respectivamente.

⁴³⁸ Cfr. GARCÍA ROCA y DALLA VÍA, *op. cit.*, pp. 229 y s.

puede entenderse acotado, limitado a las elecciones, cuando los ciudadanos acuden a votar a sus candidatos.

Luego, el artículo 2 CDI refiere el efecto que la participación significa para la democracia representativa: “La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”. Idea que no se encuentra nada alejada de la doctrina que percibe a la democracia participativa como la mejoría y profundización de algunos sectores de la representativa.⁴³⁹ Por otra parte, la vocación de permanencia de la participación ciudadana contenida en esta disposición descartaría su agotamiento en los procesos electorales celebrados periódicamente y, además, los institutos o mecanismos de participación que pretendan incidir en la esfera pública se encontrarían sujetos a las normas locales (constitucionales y legales), siendo de preferencia regulados por legislación específica, ofreciendo con ello seguridad y certeza sobre sus alcances. Desde esta posición, cualquiera de los instrumentos de la democracia participativa tendría cabida en la democracia representativa, en tanto el orden constitucional de cada Estado lo permita.

Pero si aún quedan dudas, el artículo 6 CDI puede constituirse como la abertura hacia la democracia participativa, que literalmente dice lo siguiente: “La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

A simple vista, aquí se encuentra el reconocimiento de otro derecho a la ciudadanía: *participar en las decisiones relativas a su propio desarrollo*. Muchas preguntas podrían surgir respecto al contenido de dicho derecho y del propio artículo, pero me limitaré a hacer un par de ellas, y que creo tienen que ver directamente con los mecanismos de democracia directa: ¿son el plebiscito, la consulta popular, el referéndum, la elección directa de jueces y la revocación de mandato, formas de participación ciudadana que fortalecen la democracia? y ¿estos mecanismos, la mayoría de las veces, tienen que ver con las decisiones relativas al desarrollo de la ciudadanía?

⁴³⁹ ALTMAN, David, *Direct Democracy Worldwide*, op. cit., pp. 41 y ss.

Si las respuestas son afirmativas, entonces, no resulta correcto pensar que la democracia representativa es la única presente en la CDI.

De lo anterior bien puede afirmarse que la CDI es un documento que alienta el principio democrático como principio complejo, donde coinciden y se refuerzan mutuamente la democracia representativa y la democracia participativa.⁴⁴⁰ También no debe olvidarse que dada la dinámica de la democracia, su constante transformación y adaptación a la realidad, a las necesidades y demandas sociales, requiere necesariamente de la configuración de mejores formas para la participación de la sociedad. Entonces, siendo el instrumento principal para la protección de la democracia en la región, también lo es de los mecanismos de democracia participativa, aunque no lo diga explícitamente.

Por lo demás, resulta complicado saber con exactitud las razones para no incluir referencia explícita a la democracia directa en la CDI, dado que las actas publicadas no recogen la discusión pertinente. Pero, obviando este faltante, el punto clave se encuentra en la libertad con la que los Estados miembros pueden diseñar sus sistemas democráticos, tema en el que no puede (ni debe) intervenir, antes bien, creo que la CDI únicamente reconoce unos mínimos deseables de democracia (sus *elementos esenciales* y *componentes fundamentales*). Desde esta posición, la CDI refleja la base democrática en la región, la de que todos los Estados miembros funcionan a partir de la democracia representativa, pero sin imponerles límites para su expansión.

Además, aunado a lo anterior, la doctrina percibe el impulso que significa la CDI en la integración regional, desde la base de la democracia y los derechos humanos.⁴⁴¹ En este sentido, Casal Hernández otorga una función integradora a la cláusula de la sociedad democrática y después de analizar sus efectos en la delimitación de derechos, concluye que “[é]ste y otros recientes avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en especial, la invocación de la Carta Democrática Interamericana en algunos de sus pronunciamientos permiten vislumbrar

⁴⁴⁰ Como también lo es, por otro lado, la CADH, quien reconoce que todos los ciudadanos gozan del derecho y la oportunidad de participar en la dirección de los asuntos públicos, *directamente* o por medio de representantes libremente elegidos (art. 23.1.a)

⁴⁴¹ CARAZO ORTÍZ, Pía, “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en BOGDANDY, Armin von, LANDA ARROYO, César y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, pp. 231-285.

una intensificación del efecto integrador de la organización, que consolide un acervo jurídico-político común a los Estados americanos”⁴⁴²

b. Renovarlo con nuevos elementos: ¿un derecho a la democracia?

A nivel comparado difícilmente puede encontrarse un documento semejante a la Carta Democrática.⁴⁴³ Entre los textos oficiales utilizados por el Tribunal de Estrasburgo en su quehacer jurisdiccional fácilmente puede observarse dicha inexistencia.⁴⁴⁴ Lo mismo ocurre en el sistema universal de derechos humanos.⁴⁴⁵ Así, la notoriedad de la CDI es indiscutible en el entramado de los sistemas de protección de derechos humanos. Con ello no se pretende decir que estos sistemas deban seguir la tendencia marcada por la CDI –esto dependería de múltiples factores que no cabe abordar aquí– sino simplemente subrayar la singularidad y, con ello, el avance del sistema interamericano en este tema.

Si tomamos en cuenta la transformación paulatina experimentada en la región latinoamericana durante la segunda mitad del siglo XX: de las dictaduras y regímenes militares a la adopción plena de la democracia,⁴⁴⁶ veremos que puede seguirse un hilo

⁴⁴² CASAL H., Jesús M., op. cit., p. 152.

⁴⁴³ Una posible excepción se encuentra en el sistema africano, con la reciente entrada en vigor de la *Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza*, el 12 de febrero de 2012. Documento adoptado por la Unión Africana el 30 de enero de 2007, en Adís Abeba (Etiopía), cfr. NIKKEN, Pedro, “Los derechos políticos como derechos humanos”, p. 43. Aunque todavía parece prematuro saber con certeza sus alcances.

⁴⁴⁴ En materia democrática, sin embargo, el Consejo de Europa ha creado un órgano consultivo encargado, entre otras tareas, de realizar estudios y emitir opiniones en este rubro, además de derechos humanos y el Estado de derecho. Se trata de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, mejor conocida como Comisión de Venecia, quien ha publicado documentos relevantes –como el *Code of good practice in electoral matters* (CDL-AD(2002)023rev), aprobado el 18-19 de octubre de 2002–, que gozan de autoridad y tienen cierta repercusión en el comportamiento de los Estados miembros.

⁴⁴⁵ Por ello, FOX, Gregory H., “Democracy, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Oxford University Press, 2012, párr. 28, www.mpepil.com, consultada el 7 de noviembre de 2013, afirma que “the OAS is the only regional organization to proclaim democracy an internationally guaranteed right”.

⁴⁴⁶ Cabe aclarar que me refiero a este fenómeno en términos generales, pues bien puede argüirse que en países como México no se presentó una dictadura militar, propiamente dicho; aunque, por otro lado, este país no dejó de ser un régimen autoritario durante esta etapa de la historia regional. En la relatoría de ZALAQUETT, José, “Democracia y derechos humanos”, VV. AA., *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Friedrich Naumann, 1990, pp. 466 y ss., puede seguirse la preocupación general de la academia y, en particular, de las organizaciones civiles de defensa de derechos humanos en asegurar y

conductor que nos lleva a ver en la CDI una etapa de reforzamiento y aseguramiento de lo logrado hasta ahora en la región en materia democrática. Es decir, nadie quiere ver de vuelta la injusticia rapaz, la opresión y violencia perpetrada por este tipo de gobiernos, los mismos que permitieron la violación masiva y sistemática de derechos fundamentales.

De aquí la importancia renovadora de la expresión «Los pueblos de América tienen *derecho a la democracia* y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla», contenida en el artículo 1 CDI, siendo el primer instrumento de carácter regional que establece la democracia como un derecho. Con antelación a esta norma, Muñoz había enunciado este derecho.⁴⁴⁷ Ciertamente lo hace desde el entendimiento de la conexión indisoluble entre democracia y derechos humanos, pero su propuesta se asienta y perfila de conformidad con el desarrollo y las acciones encaminadas a la defensa y la promoción multilateral de la democracia en la región, en las obligaciones internacionales, y no como un derecho exigible ante los tribunales. En los términos de dicho autor, este derecho a la democracia se debe entender “como el reconocimiento creciente en las Américas de que la democracia puede y debe ser defendida mediante acciones colectivas de carácter pacífico”.⁴⁴⁸

Para Aguiar, antiguo juez de la CorteIDH, estamos en presencia de un derecho humano que “[...] es ahora y en lo adelante, conceptualmente, un verdadero derecho humano transversal: derecho humano de base que determina el contexto en defecto del cual los mismos derechos humanos carecerían de sentido; y ajusta determinándolo, por ende, el sentido último de la organización constitucional y del funcionamiento mismo de la democracia como garantía de éstos”.⁴⁴⁹

consolidar el régimen democrático, después de haber vivido durante mucho tiempo bajo regímenes no democráticos.

⁴⁴⁷ MUÑOZ, Heraldo, “El derecho a la democracia en las Américas”, *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 28, núm. 109, enero-marzo 1995. Aunque no se debe dejar de mencionar que dicho autor conocía bien el trabajo previo de FRANCK, Thomas M., “The Emerging Right to Democratic Governance”, *American Journal of International Law*, vol. 86, núm. 1, 1992, pp. 46-91; también publicado en la compilación de BURCHILL, Richard (ed.), *Democracy and International Law*, Aldershot (Reino Unido), Ashgate, 2006, pp. 3-48. De igual forma, con posterioridad, como advierte LEGLER, Thomas, “The Inter-American Democratic Charter: Rhetoric or Reality”, en MACE, Gordon, THÉRIEN, Jean-Philippe y HASLAM, Paul (eds.), *Governing the Americas: Assessing Multilateral Institutions*, Boulder (Colorado), Lynne Rienner, 2007, p. 130 (nota al pie 6), también en el sistema de Naciones Unidas circuló la idea de un derecho a la democracia, que se plasmó en la Resolución 1999/57, *Promotion of the Right to Democracy*, de 27 de abril de 1999, de la entonces Comisión de Derechos Humanos de dicho organismo.

⁴⁴⁸ MUÑOZ, Heraldo, op. cit., p. 60.

⁴⁴⁹ AGUIAR, Asdrúbal, op. cit., p. 55.

Desde mi perspectiva, este derecho a la democracia no puede separarse de los propósitos estipulados de la CDI. Dársele una entidad distinta, independiente, de la fuente donde emana. Debe entenderse, por tanto, en el contexto del esfuerzo multilateral por consolidar los mecanismos regionales con los que cuenta para garantizar colectivamente el sistema que defiende e impulsa (como ya se expuso previamente). Entonces, al carecer la CDI de la identidad propia de una carta de derechos, difícilmente los derechos que reconozca tendrán este carácter. A menos, claro está, que por vía interpretativa los tribunales le reconozcan la validez de un derecho fundamental genuino, en otras palabras, la creación de un derecho nuevo que viene a complementar el catálogo determinado previamente por la norma.⁴⁵⁰ Razonablemente se puede estar o no de acuerdo con esta visión, pero lo cierto es que la jurisdicción interamericana, y cualquiera otra, no soportaría la proliferación irracional de un sinfín de derechos que sean reconocidos en el mismo número de documentos sin las formalidades mínimas de un instrumento de derechos humanos (sea Carta, Declaración, Convención, Convenio, Protocolo o Tratado).⁴⁵¹ Quizás por ello, en el **Caso Apitz Barbera y otros** –más adelante se abordará con mayor detenimiento– la Corte Interamericana negó implícitamente la existencia y, en consecuencia, la tutela de un derecho a la democracia.⁴⁵² En esta tesitura, aunque en lo personal no me desagrade en absoluto darle al derecho a la democracia los contornos de un derecho fundamental, no se tienen actualmente los elementos para reconocérsele esta categoría.

Para otro sector de la doctrina dados los obstáculos técnicos jurídicos presentes en la aplicación concreta del derecho a la democracia, como la determinación de la atribución de titularidad de un derecho subjetivo (a un pueblo) y resolver su exigibilidad

⁴⁵⁰ Sobre el particular, REY MARTÍNEZ, Fernando, “¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 344 y ss., matiza que no toda creación jurisprudencial del TEDH puede llamarse derecho nuevo, sino desde la interpretación evolutiva habría que distinguir entre derechos implícitos, derechos transformados y derechos conexos, afirmando que “hay pocos «derechos realmente nuevos» creados por el Tribunal [Europeo] de Derechos Humanos”. Asimismo, CORZO SOSA, Edgar, “La creación pretoriana de nuevos derechos de los ciudadanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en MATIA PORTILLA, Francisco J. (dir.), op. cit., pp. 144 y ss., se ha encargado de analizar y sistematizar los derechos que podemos llamar de cuño jurisprudencial por parte de la CorteIDH y no hay señalamiento alguno sobre un derecho a la democracia.

⁴⁵¹ Como se dijo anteriormente, la Corte Interamericana, desde el inicio de su andadura jurisprudencial en materia consultiva, se ocupó de evidenciar la naturaleza especial que entrañan los instrumentos internacionales de derechos humanos frente a los tratados en general, Opinión consultiva OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), del 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

⁴⁵² SCorteIDH, *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 221 y 222.

judicial, debe considerarse “sólo en un sentido simbólico y político” antes que un derecho fundamental de titularidad individual.⁴⁵³

Ahora bien, sin perjuicio de la posición enunciada en los párrafos anteriores, quizás para avanzar en el análisis de la disposición referida bien puedan hacerse algunas preguntas sobre el significado y alcance de algunos de sus enunciados. Por ejemplo, suponiendo, en el plano meramente teórico, que se pueda determinar con certeza la titularidad de este derecho a un pueblo específico, cabe preguntarse: ¿Y quiénes serían esos pueblos de América? Entiendo que el reconocimiento «a los pueblos de América» es una fórmula abierta que permite que el límite material impuesto, en el entendido que no todos los países del continente la aprobaron y, por ende, faltaría el vínculo que otorga el consentimiento, en el futuro pueda salvarse con la incorporación de aquellos pueblos que aún viven al margen del sistema democrático. Por tanto, técnicamente, ese derecho a la democracia reconocido en este documento se remite a los pueblos americanos que suscribieron y proclamaron la CDI, exactamente los mismos que pertenecen a la OEA. Probablemente por esta razón los redactores eligieron «a los pueblos» y no un valor omnicomprendivo de “a *todos* los pueblos”.

Pero creo que lo fundamental es la segunda parte de la frase, «y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla». En efecto, una obligación ineludible y que incluye dos acciones fundamentales. Aquí, en mi opinión, «gobiernos» debe entenderse ampliamente incluyendo a todos los actores estatales, sin dejar a nadie exento de su cumplimiento. Siguiendo lo anterior, los órganos judiciales nacionales se encontrarían en esta tesitura.⁴⁵⁴ Obviamente que los términos promoción y defensa se prestan a muchas interpretaciones, pero más allá de achacarle una función retórica, los propios

⁴⁵³ GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., pp. 229 y s.

⁴⁵⁴ Morales Antoniazzi argumenta el fenómeno de la «desconstitucionalización» de la CDI en la región, con la introducción en las normas constitucionales de figuras jurídicas que vacían de contenido el núcleo de la democracia (caracterizado en este instrumento interamericano), demostrándolo con el caso de la reelección presidencial, cfr. MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, en BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, t. I, p. 225. A pesar de que el análisis que efectúa de la CDI precisamente es el que se cuestiona en las líneas de este trabajo, en tanto quedan mezclados los ámbitos de aplicación llevando a la confusión de los efectos políticos y jurídicos (cfr. Ibídem, pp. 207-224), comparto –entre otras cosas– la premisa perfilada por dicha autora de la posición principal que tienen los tribunales nacionales, principalmente los tribunales constitucionales, en la protección interamericana de la democracia. Así, en sus palabras: “[g]arantizar la intangibilidad del núcleo de la democracia y no permitir el vaciamiento de su contenido es un cometido fundamental de la justicia constitucional”, ibídem, p. 235.

tribunales, en los términos aludidos, además de ser los guardianes de los derechos, lo serían también de la democracia.⁴⁵⁵

En resumidas cuentas, es indudable que el primer paso está dado, el acuerdo regional por dirigirse hacia la garantía de un derecho a la democracia, que aunque tenga un sentido meramente político, su sola presencia parece indicar el derrotero hacia donde deben dirigirse los esfuerzos.

5. Interpretación en la jurisprudencia contenciosa

A. La relación CADH y CDI

Para intentar perfilar la relación existente entre la Convención Americana y la Carta Democrática me valgo de la descomposición de ese ligamento en tres elementos: formal, conceptual e interpretativo. Los cuales, a pesar de que se presentan disociados, en realidad forman una unidad. El vínculo o relación formal básicamente se trata del rasgo de pertenencia de ambos instrumentos a un mismo conjunto normativo, el *corpus iuris* interamericano. Ambos tienen origen y se desarrollan en el sistema de la OEA, a pesar de su diferente posición o jerarquía normativa. La relación conceptual se enmarca en el ámbito de la protección de los derechos humanos, donde estos y la democracia se muestran interdependientes. Ahora bien, también existe una relación interpretativa, en tanto la CADH como la CDI son textos a disposición de la CorteIDH y, en este sentido, bajo su interpretación ha tenido la necesidad de ir definiendo los alcances y vínculos existentes entre estas normas.

⁴⁵⁵ Tesis que también está presente en BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch-IIDC-CorteIDH-UNAM, 2013, p. 107 (nota al pie 105), quienes sugieren: “los tribunales internacionales también pueden fomentar la democratización, a través de una jurisprudencia orientada hacia la democracia y los derechos humanos”.

B. Revisión de los casos

La frecuencia con la que es citada la CDI en la jurisprudencia de la Corte Interamericana está directamente relacionada, tratándose de casos contenciosos, con violaciones de derechos políticos. En tanto tales casos representan sólo un puñado escaso de sentencias, la presencia de la CDI relativamente es limitada.⁴⁵⁶ Esta dependencia para su invocación tiene que ver con lo que se ha tratado de explicar previamente en torno a la relación entre democracia y derechos humanos.

En los **Caso Herrera Ulloa** y **Caso Ricardo Canese**, ambos referidos al tema del papel que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática, la CorteIDH acude al artículo 4 CDI para evidenciar la existencia de normativa especializada en la región que expresamente incluye entre los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, precisamente, el respeto por la libertad de expresión y de prensa.⁴⁵⁷ Donde a renglón seguido concluye con el siguiente párrafo que me permito transcribir:

“Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.⁴⁵⁸

En el importante **Caso YATAMA**,⁴⁵⁹ la CorteIDH considera: “Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”.

En el marco de esta aseveración cabe hacer notar que la frase “así como en diversos instrumentos internacionales” tiene un llamado a pie de página (nota 162)

⁴⁵⁶ No debe olvidarse que la Corte Interamericana emite al año muy pocas sentencias. Durante 2012 fueron 21, 18 en 2011 y 9 en 2010, de las cuales no todas son pronunciamientos de fondo (por ejemplo, de las 18 emitidas durante 2011, 4 son sentencias de interpretación), véanse el *Informe anual 2012*, p. 13, y el *Informe anual 2011*, p. 12.

⁴⁵⁷ SSCorteIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de 2 de julio de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 115 y *Ricardo Canese vs. Paraguay*, de 31 de agosto de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 85.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, párr. 86 y SCorteIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de 2 de julio de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 116.

⁴⁵⁹ SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 192.

donde la Corte de San José efectivamente enlista esos instrumentos internacionales sobre la materia. A su juicio los derechos políticos reconocidos en la CDI se encuentran en los artículos 2, 3 y 6, es decir, el ejercicio efectivo de la democracia representativa, los típicos derechos de sufragio (activo y pasivo) y la libertad política fundamental de asociación, así como el derecho de participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo.⁴⁶⁰ Sin embargo, omite hacer referencia al *derecho a la democracia de los pueblos de América*, sin quedar del todo claro cuáles son los posibles motivos para dejar de enunciarlo como parte de esos derechos protegidos.⁴⁶¹

Ahora bien, hay otro aspecto que bien vale la pena mencionar en este punto, la CDI encabeza ese listado de instrumentos internacionales, situación que no es casual y más bien obedece a su especificidad en el tratamiento de la democracia y los derechos conexos a ella, además de su relevancia en la región. Así, a primera vista, pueden ubicarse perfectamente en la cita analizada tres bloques sucesivos de instrumentos internacionales: los del *corpus iuris* interamericano; después, las distintas declaraciones y convenciones internacionales; y, finalmente, los correspondientes a los sistemas regionales de derechos humanos: el europeo y el africano.

Seguidamente, en esta misma sentencia, para describir la situación actual que guardan los derechos políticos en el sistema interamericano, la CorteIDH cita los elementos esenciales de la democracia representativa prescritos por el artículo 3 CDI.⁴⁶² Pero, de nueva cuenta, no va más allá de la simple expresión del contenido de dicho artículo.

Donde ya puede advertirse la interpretación de la Convención Americana a la luz de la CDI es en el párrafo 207, que por esto mismo me permitiré su transcripción:

“Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el

⁴⁶⁰ Artículos ya transcritos con anterioridad.

⁴⁶¹ En el voto del juez García-Sayán a esta sentencia, en cambio, si aparece enunciado como uno de los derechos protegidos por la CDI, véase su *Voto Concurrente*, párr. 7. Esto nos lleva a intuir a que el motivo por el cual la mayoría de los jueces opta no hacer una indicación directa al derecho a la democracia de los pueblos de América es la falta de concordancia o respaldo en la CADH, es decir, esta norma no reconoce un derecho de tal magnitud.

⁴⁶² SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 193.

artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas”. (Entrecomillado del original)

Según lo anterior, entiendo que lo que está haciendo la CDI es proporcionar las aproximaciones conceptuales necesarias para establecer los estándares mínimos que deben ser observados por los Estados miembros en la regulación de la participación política. Así, aunque aquella no formule una “definición sintética o lapidaria” de democracia representativa,⁴⁶³ al enunciar sus elementos esenciales y componentes fundamentales, permite tener una mayor certeza sobre el contenido de la democracia representativa. Los cuales funcionan como criterios de razonabilidad para la protección de los derechos políticos y de evaluación cuando se trata de restricciones a su ejercicio. Según esta óptica, la CorteIDH al afirmar que “siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa”, se deberá acudir, por tanto, a la CDI, donde precisamente se encuentran enunciados esos principios.

Por último, cuando la CorteIDH hace referencia explícita al artículo 6 CDI, intenta expandir los alcances de la participación política, es decir, ahora se debe poner especial atención en otorgar las facilidades necesarias para que sectores específicos de la sociedad (comunidades indígenas y étnicas) puedan ejercer efectivamente este derecho fundamental. Aquí, cabe recordar que uno de los puntos controvertidos en el **Caso YATAMA** fueron los impedimentos legales existentes para la participación en contiendas electorales de organizaciones distintas de los partidos políticos, es decir, la participación a “diversas formas de representación” (organizaciones de comunidades indígenas y étnicas) estaba vedada en la legislación nicaragüense, caminando esta última en sentido contrario hacia el pretendido fortalecimiento de la democracia en el sistema interamericano.

Al hilo de lo anterior, el juez García-Sayán formuló un interesante voto concurrente, donde afirma los avances ofrecidos por la CDI para la interpretación de la Convención Americana.⁴⁶⁴ Aboga por un entendimiento evolutivo de las disposiciones

⁴⁶³ NIKKEN, Pedro, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas...”, op. cit., p. 19.

⁴⁶⁴ Quizás es prudente recordar que García-Sayán, de nacionalidad peruana, tuvo una participación significativa en el apoyo y promoción del proceso de adopción de la CDI en el seno de la OEA, tanto siendo parte del gobierno de transición como en el del presidente Alejandro Toledo, véanse COOPER, Andrew y LEGLER, Thomas, op. cit., p. 98, y COOPER, Andrew F., op. cit., pp. 99 y 104; también véase nota 362. Asimismo, otro juez que estuvo involucrado en la confección del texto fue Vio Grossi, siendo

del artículo 23 CADH, en tanto algunos componentes establecidos en este último artículo “resultan a estas alturas de la evolución jurídica insuficientes”, además de que no deben ignorarse las complejidades que los procesos electorales suscitan, y las dificultades que la realidad democrática de la región va planteando.⁴⁶⁵ Así, para este juez interamericano, los componentes de los derechos políticos expresados en el artículo 23.1 CADH, “se ha[n] ido enriqueciendo al calor de importantes evoluciones institucionales en el derecho interno y en el propio sistema interamericano a la luz de las cuales tiene que ser interpretada y aplicada esta disposición general de la Convención, tanto en lo que respecta a los derechos de los ciudadanos como a los deberes del Estado”.⁴⁶⁶

Antes de continuar quizás no resulte del todo ocioso saber en qué consiste la interpretación evolutiva y si es aplicable en sus términos a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según Canosa Usera, es posible trazar el paralelismo entre los tratados internacionales de derechos humanos y los textos constitucionales, a través de la materia principal de interpretación, o sea los derechos. Así, si en el nivel constitucional se encuentra el elemento evolutivo y el juez tiene a su alcance este útil instrumento para actualizar o adaptar la norma constitucional “a una realidad cambiante”, es perfectamente válido entender que, dada la materia que contienen, el elemento evolutivo se encuentre presente en los tratados internacionales de derechos humanos y, por tanto, los jueces internacionales tendrían a su disposición la interpretación evolutiva para actualizar y adaptar los derechos objeto de su función. Entendiéndose su utilidad e importancia cuando no es posible introducir cambios al texto normativo a través de la reforma.⁴⁶⁷

miembro del CJI, órgano encargado de la revisión del borrador de la CDI, véase CJI, *Memoria del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos 2000-2007. Referencia bibliográfica*, Rio de Janeiro, Comité Jurídico Interamericano, 2009, pp. 20 y 21, http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/memoria_trabajos_2000-07.pdf, consultada el 20 de julio de 2013. De hecho, él mismo indica que fue el relator del correspondiente informe que presentó el CJI al Consejo Permanente de la OEA, cfr. VIO, Eduardo, “La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras”, *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2010, p. 347 (nota al pie 2).

⁴⁶⁵ *Voto concurrente*, párr. 19.

⁴⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 21.

⁴⁶⁷ En palabras de CANOSA USERA, Raúl, “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.), op. cit., p. 85, “Cuando la reforma no es posible, la vía principal de esa adaptación, para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo, consiste en emplear el llamado elemento evolutivo que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad”.

Su estudio lo basa en el sistema europeo de derechos humanos, pero dado que en el fondo se remite a la función interpretativa de un catálogo específico de derechos por una jurisdicción regional, creo que es perfectamente aplicable a la Corte Interamericana, además de que en varias ocasiones dicho autor se remite a casos resueltos por dicho tribunal para ejemplificar el desarrollo de esta herramienta interpretativa, también conocida como interpretación sociológica. Las claves principales de la interpretación evolutiva,⁴⁶⁸ pueden quedar resumidas de la siguiente manera: mantiene la pretensión de eficacia de la norma; es la vía principal de adaptación cuando la reforma normativa no es posible; presupone un modelo de intérprete creador; sólo es posible cuando el enunciado normativo permite derivar de él varios sentidos posibles; debe cumplir con la finalidad de la norma interpretada; favorece la fuerza expansiva de los derechos; y, se ve afectada según la teoría de los derechos fundamentales de que se parta.

Volviendo directamente a nuestro asunto, otro aspecto que haría conveniente la interpretación evolutiva a la luz de la CDI, tiene que ver con la falta de mención explícita en los instrumentos principales del sistema interamericano (Carta OEA y CADH) de temas trascendentales en nuestros días, como son los partidos y organizaciones políticas, y el financiamiento de las campañas electorales. Los cuales, en cambio, sí se encuentran mencionados en la CDI.⁴⁶⁹

Así las cosas, el consenso regional reflejado en la CDI se vuelve un elemento clave para su utilización como un instrumento interamericano legítimo en la interpretación de los derechos protegidos por la CADH. En términos generales, el marco conceptual proporcionado por las disposiciones de la CDI es “un enfoque de expresión consensual que tiene relación directa con la interpretación y aplicación de una disposición amplia como la contenida en el artículo 23° de la Convención Americana”.⁴⁷⁰ Desde este entendimiento, García-Sayán estima:

“De no avanzarse en precisiones como éstas [conceptos de la Carta Democrática Interamericana] que la comunidad americana consensualmente ha adoptado, resulta evidente que el mencionado

⁴⁶⁸ Este autor define la interpretación evolutiva en los siguientes términos: “La interpretación evolutiva o sociológica supone una elección del intérprete que habrá de optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito”, ídem.

⁴⁶⁹ Cfr. *Voto concurrente* del juez García-Sayán, párrs. 24 y 25.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, párr. 16.

derecho a la participación en los asuntos públicos *se estaría congelando en el tiempo* sin expresar los cambiantes requerimientos de las democracias en nuestra región”.⁴⁷¹

Toda esta base mencionada hasta aquí, se irá asentando en las posturas de la CorteIDH para la revisión y resolución de casos donde están involucradas violaciones a los derechos políticos. En el **Caso Castañeda Gutman**, el listado de instrumentos internacionales que consagran derechos políticos se reduce correctamente a los realmente relevantes,⁴⁷² previamente asentado de forma más general. Por otro lado, es en esta sentencia donde la CorteIDH significativamente le otorga a la CDI una categoría relevante en los siguientes términos: “En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana”.⁴⁷³

En el **Caso Apitz Barbera y otros**, por primera vez en el itinerario histórico de la jurisprudencia de la CorteIDH, los peticionarios alegaron la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno, según lo establece el artículo 29.c CADH, y de la CDI en relación con este último artículo, entre ellos se adujo el derecho a la democracia.⁴⁷⁴

Respecto de este planteamiento, después de enunciar los antecedentes consultivos y contenciosos donde ha tenido oportunidad de perfilar la utilidad y aplicación de los enunciados de dicho artículo 29, la CorteIDH estima que no consagra una garantía individual sino su contenido se limita a establecer principios de interpretación. Por lo tanto, concluye que “[...] en el marco de la jurisdicción contenciosa de esta Corte, el incumplimiento de los principios de interpretación que se derivan del artículo 29.c) sólo podrían generar la violación del derecho que haya sido indebidamente interpretado a la luz de dichos principios”.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Ibídem, párr. 17, cursivas no del original.

⁴⁷² SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México*, de 6 de agosto de 2008 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 141 (nota al pie 50).

⁴⁷³ Ibídem, párr. 142.

⁴⁷⁴ SCorteIDH, *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 3 y 216. Por su parte, el artículo 29 CADH se refiere a las normas a las que se debe sujetar la interpretación de esta Convención. Este prescribe lo siguiente: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁴⁷⁵ Ibídem, párr. 221.

Luego, de forma un tanto extraña con los primeros pasos dados tendentes a la interpretación de la Convención Americana a la luz de la CDI, la Corte Interamericana retrocede y evita entrar en el análisis de aquello que podría considerarse un derecho a la democracia, conforme con las bases interamericanas ya existentes. Por ello, se limita a decir que “la Corte se ha referido al concepto de democracia en términos interpretativos”,⁴⁷⁶ esto es, sólo como criterio orientador en la interpretación de las disposiciones de la CADH. Algo lógico, por supuesto, ya que como hemos visto la base del sistema interamericano es la democracia y los derechos humanos. Sin embargo, cabría decir a estas alturas que el concepto de democracia no es lo mismo que un pretendido derecho a la democracia. En otras palabras, la Corte Interamericana niega implícitamente la existencia de un derecho a la democracia.⁴⁷⁷

En el relevante **Caso Gelman** la CorteIDH vuelve a sustentar parte de sus consideraciones referidas a la democracia interamericana en la CDI.⁴⁷⁸ Asimismo, el juez Vio Grossi también argumenta sobre el particular, en su voto concurrente, con fundamento en las disposiciones de la CDI.⁴⁷⁹ La sentencia en cuestión, aunque cabe decir que no es el punto central del litigio, avanza conclusiones importantes sobre los límites a las decisiones democráticas internas (democracia) con relación a la protección de derechos humanos.⁴⁸⁰

En lo tocante al tema de este trabajo, el debate se centra en el origen democrático de la Ley No. 15.848, *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* (para todos los efectos una ley de amnistía), es decir una norma que fue discutida, aprobada y promulgada por el órgano legislativo uruguayo (22 de diciembre de 1986). Y que de alguna forma contaba con el respaldo de la ciudadanía uruguaya al rechazar las pretensiones de un referéndum en contra de la Ley de Caducidad (57.6 por 100 votó en contra), en 1989, y una iniciativa popular de reforma constitucional para declarar nula dicha ley (la propuesta alcanzó sólo el 47.7 por 100 de los votos emitidos),

⁴⁷⁶ Ibídem, párr. 222.

⁴⁷⁷ Una razón práctica de lo anterior, es probable que tenga que ver con la ausencia en la discusión de este caso del juez García-Sayán (véase la nota inicial al pie de la sentencia) quien, como se ha hecho referencia antes, es el principal impulsor de la Carta Democrática en el seno de la Corte Interamericana.

⁴⁷⁸ SCorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones), párr. 239.

⁴⁷⁹ Véase su *voto concurrente*, pp. 2 y 3.

⁴⁸⁰ Una breve referencia sobre esto puede consultarse en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos M., “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del art. 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional”, en BOGDANDY, Armin von et al. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos...*, op. cit., pp. 320-321.

en 2009. Esto último, no obstante que en el mismo año la Suprema Corte de Justicia uruguaya en el caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Estela* declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la citada ley, confirmando dicho criterio, posteriormente, en el caso “Organización de los Derechos Humanos”.⁴⁸¹ Un panorama, por tanto, muy distinto a casos anteriores (Perú, Chile y Brasil) que había tenido que resolver la CorteIDH sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las disposiciones de la CADH cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos, donde en esas normas de amnistía no había participado directamente la ciudadanía en su legitimación, por lo menos no con mecanismos de democracia participativa.⁴⁸²

Sin embargo, más allá de la activación de los mecanismos internos para cuestionar la constitucionalidad de dicha Ley de Caducidad, dados los efectos de amnistía a favor de funcionarios militares y policiales contenidos en los primeros cuatro artículos, y la imposibilidad material de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el antiguo régimen, en el ámbito internacional de los deberes y responsabilidades adquiridas por el Estado en la protección de derechos humanos, en este caso conforme la CADH, la Corte de San José estimó su manifiesta incompatibilidad y la carencia de efectos jurídicos de sus disposiciones.⁴⁸³

Con este ánimo, la CorteIDH entra sin ambages en la fijación del límite de la protección de derechos humanos a las decisiones democráticas internas:

“El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia [...], se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y

⁴⁸¹ SCorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones), párrs. 144-150.

⁴⁸² Véanse, entre otras, SSCorteIDH, *Barrios Altos vs. Perú* (Fondo), de 14 de marzo de 2001; *La Cantuta vs. Perú* (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de noviembre de 2006; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 26 de septiembre de 2006, párrs. 82.10-82.25; y, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 24 de noviembre de 2010, párr. 134-136.

⁴⁸³ SCorteIDH, *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones), párr. 232.

obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, *la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías*, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas”.⁴⁸⁴

En suma, la legitimidad de las leyes emanadas de órganos democráticos o no democráticos pierde fuerza ante eventuales responsabilidades internacionales en materia de protección de derechos humanos. Obviamente que existe la enorme diferencia entre uno y otro origen, sin embargo, si en los hechos se comprueba que su aplicación afecta o no respeta los derechos humanos el resultado es el mismo: la responsabilidad del Estado, sea por el incumplimiento de adecuar el derecho interno a los estándares internacionales (normativos y jurisprudenciales) sea por faltar a su obligación de investigar y sancionar violaciones graves a los derechos. Es decir, ante el cambio radical de panorama entre la otrora realidad donde en el sistema interamericano convivían regímenes militares y dictaduras, y nuestro momento actual,⁴⁸⁵ donde la totalidad de los Estados miembros de la Convención Americana cumplen con los requisitos mínimos de democracia representativa, es obvio que los órganos de control interamericanos se enfrentan al escrutinio de leyes que llevan el sello democrático, pero esto no impide que los órganos legislativos estatales ignoren sus obligaciones convencionales.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Ibídem, párrs. 238 y 239, respectivamente, cursivas no del original.

⁴⁸⁵ Un fenómeno paralelo, pero que quizás se le presta menor atención, es el de la reforma legislativa continua de lo político y lo electoral en la región, véase ZOVATTO, Daniel y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: lectura comparada”, en ZOVATTO, Daniel y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, IDEA Internacional, 2008, pp. 3-209.

⁴⁸⁶ García Ramírez en la *reflexión final* de uno de sus trabajos se había percatado anticipadamente de la posibilidad de este tipo de conflicto suscitado en el **Caso Gelman**, y como podrá observarse es la posición fuerte que adopta la CorteIDH en la resolución del caso: “Es importante observar el contexto en el que surgen y avanzan los procedimientos tutelares de los derechos. Hubo un tiempo en que la circunstancia presentaba fuertes componentes autoritarios. Evidentemente, éstos incidían sobre el respeto y la garantía de derechos humanos. Democracia y derechos fundamentales van de la mano: lo mismo cuando declinan que cuando progresan. Hoy día se ha retraído el autoritarismo y avanzado la democracia formal, esto es, la vertiente política de la democracia. Este fenómeno trae nuevos temas e interrogantes. Una cosa es la tutela de los derechos bajo regímenes autoritarios; otra, la protección de aquéllos en las democracia emergentes o consolidadas. Sin embargo, “derechos humanos son derechos humanos”: el estado de necesidad del autoritarismo no tiene correspondencia admisible en un estado de necesidad que altere el respeto a los derechos y las libertades en regímenes democráticos. No puede ceder la exigencia: por el contrario, la democracia debe mostrar su verdadero rostro y probar la veracidad de sus promesas y resultados a través del *test* natural que implica la observancia rigurosa de los derechos humanos”, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: votos particulares*, op. cit., pp. 374-375, cursiva del original.

Ahora bien, una última reflexión merece lo expuesto por Vio Grossi en su voto razonado, quien de alguna forma reafirma, interpretando el artículo 8 CDI, la separación (y, en consecuencia, distintas vías) entre los mecanismos políticos diseñados por el sistema interamericano para la defensa *in genere* de la democracia y los mecanismos jurídicos individualizados propios del sistema interamericano de derechos humanos.⁴⁸⁷

En el **Caso López Mendoza**, el juez García-Sayán en su *voto concurrente* de nueva cuenta otorga relevancia a la CDI al incluirla en su fundamentación, además de dejar en claro su uso como fuente conceptual de los contenidos esenciales de la democracia.⁴⁸⁸ Así, en este caso en particular donde parte de la litis está relacionada con el alto impacto de una sanción pecuniaria que le impidió de facto a un posible candidato su postulación a cargos de elección popular, dicho juez considera que no se trata solamente de los derechos individuales de una persona determinada:

“En el análisis de la estricta proporcionalidad de la sanción, *se debe considerar que no solo está en juego la afectación de los derechos de quienes buscan postular sino también los intereses colectivos de los electores*. Ello exige que la restricción deba analizarse con un rigor más estricto cuando se trata de funcionarios elegidos a diferencia de funcionarios designados en la administración en cuyo caso no hay intervención de los ciudadanos en la selección de un funcionario”.⁴⁸⁹

Hasta donde se tiene noticia, es en los recientes **Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)** y **Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)**, ambos contra Ecuador,⁴⁹⁰ donde la CorteIDH vuelve a acudir a la CDI. Estos casos se relacionan con intervenciones extremas e indebidas en la independencia del poder judicial, a tal grado que pueden considerarse también atentados contra el orden democrático de un país, como lo fue el cese masivo y arbitrario de jueces, especialmente cuando se trata de las “Altas Cortes”.⁴⁹¹ Precisamente es aquí, en la intersección entre independencia judicial, la ruptura de la separación de los poderes

⁴⁸⁷ Cfr. *Voto razonado*; dicho dispositivo ya fue transcrito *supra*. Así, en su opinión: “[...] con lo que excluiría, para estos casos, el recurso ante los órganos políticos interamericanos encargados de velar por el ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

⁴⁸⁸ SCorteIDH, *López Mendoza vs. Venezuela*, de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 26.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, párr. 27, cursivas no del original.

⁴⁹⁰ SSCorteIDH *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 23 de agosto de 2013 y *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de agosto de 2013.

⁴⁹¹ Véase SCorteIDH, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de agosto de 2013, párr. 207.

públicos y los efectos adversos al orden democrático donde la Corte Interamericana utiliza los preceptos de la CDI para apoyar y fundamentar sus consideraciones.

Fundamentalmente, la situación política de inestabilidad que vivía Ecuador en aquellos momentos es la amplia justificación de las acciones emprendidas contra las cúpulas de los máximos órganos judiciales de Ecuador. Sin embargo, la CorteIDH considera que el hecho de la destitución en 14 días de los principales tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Electoral y Corte Suprema) “constituye un actuar totalmente inaceptable”.⁴⁹² Además, en el caso del Tribunal Constitucional, la decisión de su destitución estuvo plagada de irregularidades: incompetencia del órgano emisor, carecía de sustento normativo y fue emitida sin oír a los jueces involucrados.⁴⁹³

Ahora bien, es preciso recordar que la «separación e independencia de los poderes públicos» es uno de los elementos esenciales de la democracia establecidos en el ya mencionado artículo 3 CDI. En efecto, es precisamente en este elemento y su conexión con la democracia donde la CorteIDH encuentra apoyo y sustento para concluir en los siguientes términos:

“[...] la destitución de todos los miembros del Tribunal Constitucional *implicó una desestabilización del orden democrático* existente en ese momento en Ecuador, por cuanto se dio una ruptura en la separación e independencia de los poderes públicos al realizarse un ataque a las tres altas Cortes de Ecuador en ese momento. Esta Corte resalta que la separación de poderes guarda una estrecha relación, no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos”.⁴⁹⁴

Lo anterior, a mi juicio, podría convertirse en un precedente importante para la aplicación de la CDI tanto en el espacio de defensa colectiva de la democracia como en el paralelo de la protección de derechos humanos. En el primero, serviría de sustento para los órganos políticos de la OEA para atajar situaciones semejantes, es decir, sería un hecho que daría contenido a los supuestos para activar los mecanismos de defensa ante la comprobada *desestabilización del orden democrático*. Respecto al segundo, lo realmente destacable es que el contexto de estos casos en cuestión le permite a la CorteIDH resaltar las consecuencias de la destitución masiva de altos cargos judiciales, no solamente para los derechos individuales de estos (como jueces), sino también las graves consecuencias para el esquema de la separación e independencia de los poderes

⁴⁹² Ibídem, párr. 212.

⁴⁹³ Ibídem, párr. 219.

⁴⁹⁴ Ibídem, párr. 221, cursivas no del original.

públicos, teniendo efectos generales en el régimen democrático y la protección interna de los derechos fundamentales.

Por su parte, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su *voto parcialmente disidente* entra de lleno en el análisis del caso con sustento en la CDI. Destaco dos de sus posturas sobre el particular, por un lado, su proposición de configurar un derecho con base en este documento:

“Cabría incluso considerar si es posible configurar una suerte de derecho de los justiciables a condiciones democráticas de las instituciones públicas, con sustento no sólo en el referido artículo 3 [CDI], sino también en el 29 de la Convención, el cual se sostendría con las obligaciones internacionales de los Estados al ejercicio del poder de conformidad con el Estado de derecho, la separación de poderes y, por supuesto, la independencia de los jueces [...]”⁴⁹⁵

Más allá de la plausibilidad y el contenido que podría dársele a este derecho, me parece que sucedería lo mismo que en el **Caso Apitz Barbera y otros** que vimos anteriormente, donde el planteamiento de los peticionarios es semejante al ahora visto del juez Ferrer. En vista del resultado, cabría pensar en otras vías o estrategias para el reconocimiento de derechos con base o sustento en la CDI.

Por el otro, es su percepción del papel de la jurisdicción interamericana y que puede indicarnos hacia dónde se dirige el futuro de la CDI en sede internacional de derechos humanos:

“[...] la Sentencia debió avanzar en un desarrollo jurisprudencial más profundo de la propia Carta Democrática Interamericana, en específico, en relación a lo que consagra su artículo 3. La función contenciosa del Tribunal Interamericano consiste en resolver las controversias que la Comisión Interamericana y las partes le proponen en un caso concreto; es indudable que también tiene como misión ser garante de los principios que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esto se logra, guiando con la interpretación el significado de dichos principios, a fin de esclarecerlos. De tal suerte, que decidir la litis y el alcance del derecho entre las partes es uno de los cometidos de la jurisdicción interamericana, pero no el único, ya que también tiene a su cargo la función interpretativa de la Convención Americana, cuya importancia se incrementa a partir del muy reducido número de casos de los que conoce”⁴⁹⁶

En síntesis, para la CorteIDH resulta cada vez más natural acudir a las disposiciones de la CDI y se puede afirmar a estas alturas que es opinión jurídica y

⁴⁹⁵ *Voto parcialmente disidente*, párr. 20.

⁴⁹⁶ *Ibídem*, párr. 67.

fuente autorizada para apoyar sus consideraciones respecto de la democracia y los derechos inherentes a ella.

V. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Así como es cierto que la Convención Americana protege un extenso catálogo de derechos y libertades, también es igualmente cierto que autoriza la imposición de restricciones a determinados derechos y libertades de ese catálogo protegido.⁴⁹⁷ Las restricciones a los derechos fundamentales precisamente es una de las cuestiones más arduas afrontadas por los tribunales, e igualmente debatida en la doctrina.⁴⁹⁸ En el sistema de la Convención Americana, la situación de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 es un caso en el que se establecen condiciones particulares para la posible restricción de su goce y ejercicio. En este contexto, el último de los principios esenciales en la interpretación del derecho de sufragio pasivo abordado en este trabajo, siguiendo de cerca en todo momento la evolución jurisprudencial de los fallos de la Corte Interamericana en la materia, es el principio de proporcionalidad.

Pero antes de seguir adelante conviene decir que el propósito de este apartado no es el de hacer un recorrido pormenorizado de las características esenciales del principio de proporcionalidad ni adentrarse en las discusiones teóricas y terminológicas en la que está envuelto su uso,⁴⁹⁹ sino solamente se quiere destacar las notas principales de su esquema teórico, las mismas que permitirán posteriormente contextualizar su utilización por la Corte Interamericana tratándose del análisis de restricciones al derecho de

⁴⁹⁷ La Corte Interamericana, en 1986, ya señalaba estos dos sectores ambivalentes en la CADH: “[...] la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos”, Opinión consultiva OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986, párr. 17.

⁴⁹⁸ En general, entre otros, BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, prólogo de Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2004 y VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia A., *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, prólogo de Germán Gómez Orfanel, México, Porrúa, 2011.

⁴⁹⁹ Sobre el particular véase el “Epílogo” de ALEXY, Robert, op. cit., pp. 511 y ss. y la obra colectiva CLÉRICO, Laura, SIECKMANN, Jan-R. y OLIVER-LALANA, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

sufragio pasivo, en la revisión de la doctrina jurisprudencial interamericana (Capítulo III).

Las ideas básicas detrás de la concepción teórica del principio de proporcionalidad puede decirse que son sencillas: mediante la técnica jurídica se quiere evitar el exceso, la desproporción, en el que en ocasiones pueden incurrir los poderes públicos al regular o desarrollar los derechos fundamentales, es decir, es una forma de control de los actos que son vistos como una intervención o restricción desmedida, excesiva, en el ejercicio de esos derechos. Por lo que lo relevante o trascendente de esta ecuación es la forma válida de medirse las desproporciones o los excesos. Para que pueda decirse que algo sale de la debida proporción antes debe contarse con unos parámetros permanentes, asibles, y estos son los que dan los fines, valores o bienes protegidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el juego de la proporcionalidad es una correlación entre medios (la forma en que se interviene normativamente en el ejercicio de los derechos) y fines (la esencia de cada uno de los derechos fundamentales),⁵⁰⁰ a través de la moderación y el equilibrio. Sin embargo, la complejidad del principio de proporcionalidad, pero también su riqueza, se encuentra en la aplicación de sus «tres dimensiones o niveles» a los casos concretos, en la casuística.

Ahora bien, a diferencia de los anteriores principios revisados (democrático, igualdad y no discriminación, y subsidiariedad), el principio de proporcionalidad *no está expresamente previsto* por la Convención Americana. Situación que, por otro lado, no es privativa del Pacto de San José, como acontece con el Convenio Europeo⁵⁰¹ y la mayoría de las Constituciones,⁵⁰² aunque también existen los importantes ejemplos de su consagración constitucional en América Latina,⁵⁰³ y en el nivel supranacional, con el

⁵⁰⁰ En este sentido, GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, p. 67, alude a que “[...] el principio de proporcionalidad se articula necesariamente en torno a una relación medio-fin: la proporcionalidad no puede predicarse de un objeto de control aisladamente considerado, sino de la relación existente entre una medida y la finalidad perseguida con la misma”.

⁵⁰¹ FASSBENDER, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, p. 52.

⁵⁰² A modo de ejemplo, respecto de la Constitución española, véanse BARNES, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, p. 19, y DÍEZ-PICAZO, Luis M., op. cit., p. 113.

⁵⁰³ Este sería el caso del artículo 200.6 de la Constitución del Perú de 1993, mismo que establece las acciones de garantía constitucional (hábeas corpus, amparo, etcétera), al indicar que “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo [...]”. Sobre el particular, véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial referencia al Tribunal Constitucional

artículo 52.1 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*,⁵⁰⁴ que prescribe que “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

También en comparación con dichos principios, es el de más reciente evolución en el sistema interamericano de derechos humanos. En este sentido, puede verse su aplicación como una práctica consciente de la Corte Interamericana derivada de varias disposiciones de la Convención Americana⁵⁰⁵ que le permite ejercer un control más estricto y detallado de las medidas restrictivas que son adoptadas por los Estados parte en el ejercicio de sus facultades de regulación y desarrollo de los derechos fundamentales en sus respectivos ordenamientos jurídicos, cuando –obviamente– restringen de forma desproporcionada el ejercicio de los derechos protegidos por la CADH. Esa aplicación consciente de la Corte Interamericana del principio de proporcionalidad en buena medida tiene influencia de la práctica y experiencia jurisprudencial del Tribunal Europeo, quien de forma sistemática viene aplicando dicho principio, al incorporarlo a partir de 1976.⁵⁰⁶

Al igual que en el CEDH también en la CADH aparecen ciertas exigencias muy semejantes para la limitación de los derechos (tales como: «interés público»,

chileno”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago de Chile, Librotecnia-CECOCH-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 362.

⁵⁰⁴ De entre los comentarios hechos a este artículo, véase MANGAS MARTÍN, Araceli, “Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios”, en MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, p. 834.

⁵⁰⁵ Por ejemplo, en el artículo 30 (que más adelante se detalla).

⁵⁰⁶ Cfr. FASSBENDER, Bardo, op. cit., p. 54. Por su parte, cabe destacar que el examen o juicio de proporcionalidad tiene sus raíces en el derecho administrativo prusiano, mismo que después será adoptado y desarrollado por el Tribunal Federal Constitucional alemán en el ámbito del control constitucional, práctica que posteriormente será seguida en el sistema europeo de derechos humanos (el Tribunal de Estrasburgo) y en el sistema de justicia comunitaria (el Tribunal de Luxemburgo). Desde esta óptica, fue en el contexto de los tribunales constitucionales donde inicialmente comenzó a adquirir relevancia el uso de este principio, quienes le fueron dando forma a los contornos del examen o *test* por donde debía de pasar el análisis de los actos restrictivos de derechos fundamentales. Véase, en general, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (la 1a. ed. es de 2003) y CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009. De hecho, la doctrina española denomina a la forma canónica del principio de proporcionalidad como el “test «alemán» de proporcionalidad”, GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, op. cit., pp. 53 y ss.

«necesarias en una sociedad democrática», «seguridad nacional» o «seguridad pública») y que son los puntos de apoyo en los que se sustenta el juicio de proporcionalidad aplicado en la jurisprudencia del TEDH. Para Fassbender, el contenido del principio de proporcionalidad se encuentra “implícito en diversas reglas del CEDH”, principalmente en los artículos 8 a 11, y 15, así como en algunos preceptos de los Protocolos adicionales (artículos 1.1 del P-1, 2.3 del P-4 y 1.2 del P-7).⁵⁰⁷

En lo que se refiere al contenido del principio de proporcionalidad, este está conformado por tres elementos (también llamados «subprincipios», «dimensiones» o «niveles») sucesivos, que son los que le dan vida: adecuación o idoneidad de los medios, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Según las definiciones que proporciona Bernal Pulido, el *subprincipio de idoneidad* consiste en que “[...] toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”;⁵⁰⁸ por su parte, el *subprincipio de necesidad* o «indisponibilidad» es que “[...] toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”;⁵⁰⁹ y, el tercer elemento o subprincipio, el *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, también conocido como «ponderación», consiste en que “[...] la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”.⁵¹⁰

Con el requisito de *idoneidad* se verifica que la medida restrictiva sujeta a evaluación se dirija eficazmente hacia la consecución de la finalidad perseguida. La mejor manera de dimensionar el contexto de la idoneidad es viéndolo desde su contrario: la inidoneidad. Todo lo cual significa que la medida no puede prescindir en absoluto de una explicación racional de lo que se busca con ella.⁵¹¹

Con el requisito de *necesidad* se verifica la existencia de medidas que puedan ser estimadas menos gravosas, e igualmente eficaces, para la consecución de la finalidad perseguida. La necesidad de una medida depende de su comparación con otras

⁵⁰⁷ Cfr. FASSBENDER, Bardo, op. cit., p. 52 y s.

⁵⁰⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, op. cit., p. 693.

⁵⁰⁹ Ibídem, p. 740.

⁵¹⁰ Ibídem, p. 763.

⁵¹¹ Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, op. cit., pp. 70-72.

alternativas más moderadas (en el caso de su existencia) y que de ahí se advierta su innecesariedad.⁵¹² En otras palabras, las medidas restrictivas impuestas por los Estados parte en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana no deben ir más allá de lo estrictamente necesario.

Con el juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* se verifica ese equilibrio o proporción a la que se hacía alusión antes, donde los términos de beneficios-perjuicios se oponen: mayores beneficios para el interés general y menores perjuicios para los bienes o valores confrontados. En ese balance o ponderación se encuentran mayormente las dificultades para los tribunales.⁵¹³

En general, puede decirse que la Corte Interamericana viene aplicando crecientemente los elementos del *examen de proporcionalidad* respecto de diversos derechos reconocidos por la Convención Americana.⁵¹⁴ En primer lugar, resulta clave el artículo 30 CADH como estándar general o común de las restricciones permitidas dentro del sistema interamericano, dispositivo convencional que exige que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Según la interpretación de la Corte Interamericana, “Lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas”.⁵¹⁵ Luego, en segundo lugar, debe tomarse en cuenta que el examen de proporcionalidad con el agregado de la cláusula «sociedad democrática», contenida en los artículos 15 (derecho de reunión y manifestación), 16

⁵¹² Cfr. Ibídem, pp. 72 y s.

⁵¹³ Cfr. Ibídem, pp. 78 y ss.

⁵¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 1, 2011, pp. 119-156. Autor que revisa la Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985 y las sentencias “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile (Fondo, reparaciones y costas), de 5 de febrero de 2001, *Ríos y otros vs. Venezuela* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de enero de 2009, *Kimel vs. Argentina* (Fondo, reparaciones y costas), de 2 de mayo de 2008 y *Usón Ramírez vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2009. Pero solo en estos dos últimos casos –según el análisis que hace el autor– es donde efectivamente la Corte Interamericana hace uso de los elementos que conforman el principio de proporcionalidad, en los cuales aparece un verdadero conflicto entre derechos. En este sentido, el **Caso Kimel** y el **Caso Usón Ramírez**, son los relevantes para evidenciar el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en materia de libertad de expresión.

⁵¹⁵ Opinión consultiva OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986, párr. 17.

(derecho de asociación), 22 (derecho de circulación y de residencia) y, en especial, en el 32.2,⁵¹⁶ de la CADH, tiene particular conexión con las posibles restricciones al ejercicio de algunos de los derechos políticos.⁵¹⁷ En este sentido, por ejemplo, al leerse conjuntamente los artículos 30 y 23.2 CADH, el primero –como «condición adicional» de las restricciones singularmente autorizadas por el segundo– exige primero el cumplimiento «concurrente» de ciertas condiciones. Veámoslo con mayor detalle.

Medina Quiroga y Nash Rojas aluden la existencia de tres condiciones o límites en la Convención Americana a las que se tiene que sujetar toda pretensión o posibilidad de restricción de los derechos consagrados por ella. En su opinión, la «ausencia» de tales condiciones “[...] transforma la restricción en ilegítima y, por tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado”.⁵¹⁸ Las condiciones serían las siguientes:

- 1) Toda restricción debe estar establecida por ley. Lo relevante de esta condición es la fijación de lo que debe entenderse por «ley», en este sentido, la Corte Interamericana ha interpretado dicho término en el contexto del artículo 30 CADH, que es el que introduce de manera adicional tal exigencia, concluyendo el tribunal en la **Opinión consultiva OC-6/86** que “[...] significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”.⁵¹⁹ Esto es, ley tanto en sentido formal como en sentido material.

- 2) Toda restricción debe encontrar respaldo o justificación en las causas generales o específicas permitidas por la Convención Americana. Cuestión nada pacífica tratándose de las causas generales, pues son conceptos demasiado abiertos o imprecisos («interés social», «moral pública», «protección de la salud pública», «seguridad nacional» o «seguridad u orden público»), que ellos denominan «contenedores semivacíos», los cuales paulatinamente serán precisados de un contenido

⁵¹⁶ Este dispositivo convencional establece que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en un sociedad democrática”.

⁵¹⁷ Sobre la cláusula “sociedad democrática”, en el contexto del CEDH, véase GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel I., op. cit. y referente a la CADH, CASAL H., Jesús M., op. cit.

⁵¹⁸ MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago de Chile, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, 2011, p. 15. La base, o versión anterior, de estas consideraciones sobre la regulación de las restricciones en la Convención Americana se encuentra en MEDINA QUIROGA, Cecilia, op. cit., en específico el epígrafe “Las restricciones”, pp. 40-45.

⁵¹⁹ Opinión consultiva OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986, párr. 38.

específico y llenados por las autoridades nacionales y los órganos regionales de control de la CADH.⁵²⁰

3) Toda restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática. Aunque es una condición particular para la restricción de ciertos derechos (derecho de reunión y manifestación, derecho de asociación y derecho de circulación y residencia), ellos entienden que puede extenderse “como un límite a las restricciones de cada uno de los derechos de la Convención”,⁵²¹ teniendo sustento en el Preámbulo (objeto y fin del tratado) y el artículo 29.c CADH.⁵²²

Sin embargo, en esta última condición aparecen algunas interrogantes no menores, a partir de que los autores presentan de forma separada la cláusula “necesaria en una sociedad democrática” del examen de proporcionalidad.⁵²³ ¿La interpretación de dicha cláusula requiere de un examen específico o especial por parte de la jurisdicción interamericana, o más bien la cláusula ayuda a ser más estricto el examen con el que se evalúa cualquier medida restrictiva de derechos, es decir, forma parte de él? ¿Si, entonces, requiere un esquema específico, podemos decir que desplaza la exigencia de proporcionalidad que deben cumplir las medidas restrictivas, entendiéndose que lo que pide la cláusula es evaluar su «necesidad»? ¿Realmente puede convertirse en una condición autónoma que pueda garantizar la legitimidad de las restricciones?

En principio habrá que decir que la Corte Interamericana perfiló aparentemente dos esquemas distintos para evaluar las medidas restrictivas de derechos. En 1985, en la **Opinión consultiva OC-5/85**, hizo alusión al esquema europeo relacionado directamente (pero no exclusivamente) con la interpretación de la cláusula “necesarias en una sociedad democrática”,⁵²⁴ y como bien resumen Medina y Nash consistente en tres niveles: i) debe responder a la «existencia de una necesidad social imperiosa», es decir, debe estar orientada «a satisfacer un interés público imperativo»; ii) entre varias

⁵²⁰ Cfr. MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, op. cit., p. 16.

⁵²¹ Ídem.

⁵²² En términos similares, Gros Espiell previamente había apuntado la idea de concentrar el control de las restricciones en el concepto de sociedad democrática (“Sólo son posibles las restricciones que, además de cumplir con todas las condiciones exigidas, sean compatibles con las que puedan existir en «una sociedad democrática», entendiendo por democracia la democracia pluralista y representativa”), aunque él lo fundamenta de manera más amplia en el principio democrático que irradia al sistema interamericano y la íntima conexión entre los derechos humanos y la democracia, GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana...*, op. cit., p. 131.

⁵²³ En el sentido de estar la cláusula de sociedad democrática inserta en el examen de proporcionalidad, CASAL H., Jesús M., op. cit., p. 149.

⁵²⁴ La Corte Interamericana refiere principalmente la STEDH, *Sunday Times vs. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979.

opciones para alcanzar este objetivo «debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido»; y, iii) la restricción debe «ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo».⁵²⁵ Sin embargo, una acotación importante que debe hacerse es que el TEDH estaba interpretando el artículo 10 CEDH, precepto donde se reconoce la libertad de expresión y aparece expresamente la cláusula en cuestión como condición o requisito para restringir su ejercicio, mientras la Corte Interamericana también interpretaba el mismo derecho pero sin encontrarse la cláusula “necesaria en una sociedad democrática” en las disposiciones del artículo 13 CADH, por ello, desde mi punto de vista, el interés de la Corte Interamericana está centrado en el alcance del concepto de «necesidad» y ahí radica la importancia de trasladar la experiencia jurisprudencial europea a su terreno, esto parece claro cuando señala que “Esta conclusión [el alcance del término «necesarias»], que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la «necesidad» y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”.⁵²⁶ En este sentido, el esquema europeo utilizado por la Corte Interamericana tiene un alcance más amplio y, por tanto, no podría limitarse a evaluar únicamente la necesidad de las restricciones en las sociedades democráticas, que es una de sus fases o subprincipios.

No mucho tiempo después, al año siguiente, en la **Opinión consultiva OC-6/86**, la Corte Interamericana estableció las condiciones a las que deberían de sujetarse las restricciones o limitaciones autorizadas por la CADH, y que son de «cumplimiento concurrente»: i) “que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida”; ii) “que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a «razones de interés general» y no se aparten del «propósito para el cual han sido establecidas». Este criterio teleológico [...] establece un control por desviación de poder”; y, iii) “que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”.⁵²⁷ Son estas las condiciones a las que se remite con frecuencia la Corte Interamericana cuando aplica el examen de proporcionalidad. Por ejemplo, en

⁵²⁵ Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985, párr. 46.

⁵²⁶ Ídem.

⁵²⁷ Opinión consultiva OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986, párr. 18.

el **Caso Kimel** –al que hacen referencia Medina y Nash–,⁵²⁸ la Corte Interamericana cita dicho esquema y no el de 1985,⁵²⁹ y en efecto, lo que concluye el tribunal en dicho caso es la desproporción de la medida aplicada a la libertad de expresión del actor, no la innecesariedad de la medida.

En realidad, como puede apreciarse, son esquemas complementarios o no excluyentes, donde sin duda toda restricción al ejercicio de los derechos consagrados por la Convención Americana, y con mayor lógica tratándose de los derechos democráticos, debe de cumplir con la exigencia de su adecuación con el principio democrático, que es el que imbrica todo el sistema interamericano y más todavía a la CADH, donde se encuentra de forma palpable la íntima vinculación entre derechos humanos y democracia, ya que “[s]i la democracia o la sociedad democrática es el ambiente en el que los derechos humanos pueden alcanzar plena vigencia es natural que las restricciones impuestas a tales derechos deban estar en consonancia con ella”.⁵³⁰ Es decir, la cláusula de sociedad democrática se integra de manera importante, en lugar destacado, en el examen de proporcionalidad que realiza la Corte Interamericana.

En cambio, debe tomarse en consideración en la ecuación del juicio de proporcionalidad la entrada de otra herramienta que ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo, el llamado margen de apreciación nacional,⁵³¹ técnica que en cierto sentido ha sido identificada como un límite del principio de proporcionalidad⁵³² y que, para este sector de la doctrina, puede llegar a ser motivo de peligro para la integración de un espacio común de derechos.

En el caso del derecho de sufragio pasivo, debe recordarse que este se encuentra sujeto a un amplio sistema de restricciones legítimas que los ordenamientos jurídicos nacionales han establecido *ab initio* para su funcionamiento. En este sentido, el orden interamericano también ha introducido esas intervenciones de inicio. Es decir, al igual

⁵²⁸ MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, op. cit., p. 17.

⁵²⁹ SCorteIDH, *Kimel vs. Argentina* (Fondo, reparaciones y costas), de 2 de mayo de 2008, párr. 52. Sobre la utilización del principio de proporcionalidad en este caso, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad...”, op. cit., pp. 137 y ss.

⁵³⁰ CASAL H., Jesús M., op. cit., p. 158.

⁵³¹ GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-IDP-Thomson Reuters, 2010. También me permito referir una reseña de CORZO SOSA, Edgar y SALAS, Armando, que trata de resumir los principales contenidos de la citada obra, publicada en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 327-347.

⁵³² Cfr. FASSBENDER, Bardo, op. cit., p. 57.

que la inmensa mayoría de los derechos fundamentales, se entiende que el derecho de sufragio pasivo no es absoluto y, por tanto, acepta límites y restricciones en su ejercicio, siempre y cuando se observen ciertos requisitos.

Curiosamente en tres de los últimos cuatro fallos de la Corte Interamericana sobre la materia en cuestión las controversias tienen origen en la aplicación de restricciones directas al ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Por lo que, sin estar en desacuerdo con la observación de García Roca y Dalla Vía de que “No existe un uso tan constante y formalizado de la proporcionalidad en San José”,⁵³³ esto es, todavía se encuentra en una etapa de adopción y asentamiento, lo cierto es que a partir del último caso resuelto donde se abordó esta materia, en el **Caso Argüelles y otros**,⁵³⁴ la tendencia se dirige hacia la formalización del juicio de proporcionalidad como herramienta preferente para el análisis de las restricciones en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que son impuestas por los poderes públicos de los Estados parte.

En el contexto actual, parece todavía prematuro hablar de la aparición definitiva del margen de apreciación nacional en la jurisprudencia interamericana como una herramienta bien definida y adoptada conscientemente por la Corte Interamericana.⁵³⁵ No obstante lo anterior, la doctrina latinoamericana sigue de cerca el posible desarrollo del margen de apreciación nacional en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos.⁵³⁶

⁵³³ GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 233.

⁵³⁴ SCorteIDH, *Argüelles y otros vs. Argentina* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2014. Mismo que será objeto de estudio más adelante (Capítulo III).

⁵³⁵ Es verdad que la Corte Interamericana en un par de resoluciones (la Opinión consultiva OC-4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, de 19 de enero de 1984 y la sentencia *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de noviembre de 2012) ha mencionado explícitamente un cierto margen de apreciación que tendrían los Estados, pero de aquí a poder decirse que, tal como se viene usando en el contexto europeo, la doctrina del margen de apreciación nacional comience a mostrarse como un verdadero factor de juego del principio de proporcionalidad y la evaluación de las medidas restrictivas de derechos, existe una distancia considerable. En realidad el significado que se le está otorgando a este «margen» es todavía muy ambiguo y amplio.

⁵³⁶ Sobre el particular, véanse BENAVIDES CASALS, María A., “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 1, 2009, pp. 295-310 y SAGÜES, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 205-221, en especial el epígrafe 6 “Doctrina del margen de apreciación nacional variables”. También, a pesar de centrarse su estudio en el sistema europeo contiene una breve comparación con la utilización del margen por los órganos del sistema interamericano, VALIÑA, Liliana, “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997, pp. 173-197.

Por otra parte, algunos actores del sistema interamericano han mostrado sus reticencias hacia la posible recepción del margen de apreciación nacional. En el caso del antiguo juez García Ramírez se hace en un contexto más delimitado, en la fase de cumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana, lugar donde –entiende dicho autor– podría invocarse de forma tergiversada. Así, expresa que “El Tribunal interamericano no ha adoptado la doctrina del «margen nacional de apreciación», que pudiera liberar relativamente el cumplimiento de las sentencias a la interpretación de las instancias locales, llamadas a cumplir del «mejor modo posible». La Corte IDH se ha mantenido distante de esa doctrina por temor a que la remisión de los deberes a la apreciación de los obligados pudiera representar en los hechos –dentro de un sistema de protección aún inmaduro– una suerte de franquicia desfavorable a la protección de los derechos y las libertades”.⁵³⁷ Si bien es cierto que las observaciones de dicho autor no pueden trasladarse automáticamente al terreno de la evaluación de las intervenciones de los poderes públicos en los derechos protegidos por la Convención Americana, es decir, en el contexto del procedimiento contencioso, denotan el distanciamiento y cierto escepticismo entre los miembros de la Corte Interamericana hacia la incorporación de la herramienta del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano, por lo menos esto es significativo en la función de supervisión del cumplimiento de sus decisiones.

A fin de cuentas, lo que en última instancia se ha querido evidenciar en este segundo capítulo es el cúmulo de factores a los que se ve sujeto el derecho de sufragio pasivo en un contexto regional de derechos humanos, impulsos que se ven representados en forma de principios, pero que van condicionando su práctica y evolución.

⁵³⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ZANGHÌ, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), op. cit., p. 467.

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

I. APROXIMACIÓN A LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la defensa de los derechos políticos*

Actualmente la Comisión Interamericana desempeña un lugar central en la defensa de los derechos humanos en el continente americano,⁵³⁸ sin cuya labor difícilmente nos encontraríamos en estos momentos ante un sistema interamericano de derechos humanos relevante e influyente.⁵³⁹ No obstante su nacimiento accidental, como fuera señalado por Sepúlveda: “[...] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos nace casi por accidente, sin designio especial. No existía ningún plan definido para formarla, ni había estudios previos, ni tampoco se había pensado el lugar que ocuparía dentro de la constelación de organismos de la OEA”,⁵⁴⁰ se ha transformado en una institución consolidada e indispensable para el buen funcionamiento del sistema

⁵³⁸ La decisión que dio nacimiento a la CIDH es la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta (o de Ministros de Relaciones Exteriores), celebrada en Santiago de Chile, en 1959; entrando en funciones en 1960 con el Estatuto diseñado por el Consejo Permanente de la OEA, cfr. SEPÚLVEDA, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960-1981)” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XVI, núm. 46, 1983, pp. 148-149. Además del anterior, acercamientos a las actividades iniciales y evolución de la CIDH, véanse, entre otros, SEPÚLVEDA, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, un cuarto de siglo de evolución y empeños”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XIX, núm. 56, 1986, pp. 569-592 y GOLDMAN, Robert K., “Historia y acción: el sistema interamericano de derechos humanos y el papel de la CIDH”, en COVARRUBIAS VELASCO, Ana y ORTEGA NIETO, Daniel (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos: un reto en el siglo XXI*, México, El Colegio de México, 2007, pp. 109-148.

⁵³⁹ Estudios introductorios recientes son las obras de GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos...”, op. cit., pp. 35-57 y, de forma amplia, *Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos...*, op. cit. Cabe mencionar que todos los autores referidos en esta y la nota previa fueron –en el caso de González Morales, sigue siéndolo– miembros de la CIDH en diferentes etapas.

⁵⁴⁰ SEPÚLVEDA, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960-1981)”, op. cit., p. 148.

interamericano de derechos humanos. Así, desde hace más de cuatro décadas, la CIDH es un órgano relevante en la defensa y protección de los derechos en la región. Por supuesto lo dicho no desconoce la cuestión de los aspectos deficitarios de su funcionamiento, señalados por los gobiernos estatales y la doctrina, entre otros, como (desde el ámbito estatal) el alto grado de discrecionalidad existente en la utilización de los criterios para el envío de casos a la Corte Interamericana y (desde la literatura especializada) el argumento del acceso directo del individuo a la jurisdicción interamericana,⁵⁴¹ lo que en sustancia significaría la desaparición de la instancia procesal ante la CIDH, siguiendo la misma trayectoria –en este punto específico– del sistema europeo de derechos humanos.

La CIDH es un órgano principal de la OEA⁵⁴² y junto con la Corte Interamericana conforman el núcleo de control del sistema interamericano de derechos humanos.⁵⁴³ En este sentido, la posición institucional de la CIDH tiene fuertes *vínculos administrativos* con los órganos políticos y de dirección de la Organización (Asamblea General, Consejo Permanente, Secretaría General), con quienes comparte determinadas decisiones, como el presupuesto anual, la designación de los funcionarios o las reformas de los instrumentos que regulan sus actividades (el Estatuto y el Reglamento). Desde su creación se fijó la sede oficial en las mismas instalaciones que ocupa la OEA, en Washington, D. C., Estados Unidos. Además, el artículo 40 CADH sigue exigiendo que “[l]os servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización...”. Lo que deja en manos del Secretario General de la OEA la designación de los funcionarios de la Comisión Interamericana, incluyendo al Secretario Ejecutivo.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Por todos, CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.

⁵⁴² Actualmente artículos 53 y 106 Carta OEA. Jerarquía que se le otorgó en el Protocolo de Reformas “Protocolo de Buenos Aires” de dicho instrumento, suscrito el 27 de febrero de 1967.

⁵⁴³ En la imagen sugerida por García Ramírez, la CIDH es la “«proa» de la nave americana” de los derechos humanos, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La «navegación americana» de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en BOGDANDY, Armin von, FIX-FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2014, p. 480.

⁵⁴⁴ Esto, en opinión de González Morales, “limita a la CIDH, pues no puede seleccionar a su personal conforme a sus propios criterios y prioridades”, GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos...*, op. cit., p. 75 y GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos...”, op. cit., p. 55.

Y naturales *vínculos procedimentales* con la CorteIDH, en tanto es la CIDH el órgano facultado para presentar los casos específicos que previamente haya tramitado y estimado procedentes ante la jurisdicción interamericana. Aunque, conforme con el artículo 61.1 CADH, también los Estados parte están facultados para someter casos ante la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Esto último es un supuesto infrecuente y ambiguo. Infrecuente porque sólo ha ocurrido en una ocasión,⁵⁴⁵ cuando el gobierno de Costa Rica presentó a la Corte Interamericana el **Asunto Viviana Gallardo y otras**, que terminó siendo remitido a la Comisión Interamericana.⁵⁴⁶ Ambiguo porque para Faúndez Ledesma: “[...] no está suficientemente claro a qué Estados se refiere la Convención; porque mientras el art. 61 menciona a ‘*los Estados partes*’, sin indicar si se trata de los Estados que han sido ‘*partes*’ en el procedimiento ante la Comisión o si se refiere a los Estados partes en la Convención, el art. 51 se refiere a ‘*los Estados interesados*’, sin que resulte evidente cuál podría ser el Estado interesado en someter el caso a la Corte”.⁵⁴⁷ En estos términos, dicho autor apoyándose de los artículos 50.2 y 61.2 CADH, respectivamente, adopta el criterio de que “los únicos Estados que pueden someter un caso a la Corte son los que han intervenido en el procedimiento ante la Comisión”, aunque termina por razonar que “es muy improbable que sea el propio Estado denunciado quien recurra ante ella [Corte Interamericana]”.⁵⁴⁸ Con lo que, puede concluirse, la CIDH tiene casi en exclusiva el control de la activación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y la práctica lo confirma.

Sin embargo, no obstante el peso que pudieran tener esos vínculos (*organizacional y procedimental*), es un órgano autónomo e independiente, donde las decisiones sustanciales sobre los asuntos de su competencia se toman de forma colegiada por los siete miembros que lo integran.⁵⁴⁹

La normativa interamericana, principalmente la Convención Americana y la Carta OEA, otorga a la Comisión Interamericana un espectro bastante amplio de competencias generales, entre las cuales destacan las de monitoreo, promoción,

⁵⁴⁵ Según apunta FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 595 (notas al pie 16 y 18).

⁵⁴⁶ Sobre el particular, véase CorteIDH, *Asunto Viviana Gallardo y otras* (serie A, núm. 101), en especial la *Resolución del 22 de julio de 1981* y la *Decisión del 13 de noviembre de 1981*.

⁵⁴⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit., p. 595, cursivas del original.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 596.

⁵⁴⁹ Las reglas y requisitos para la toma de decisiones se encuentran en los artículos 17 Estatuto CIDH y 16 al 19 Reglamento CIDH.

consulta, protección y defensa de los derechos humanos en la región.⁵⁵⁰ Es en esta última donde se puede ubicar preferentemente la función de tramitación de casos específicos que lleva a cabo la Comisión Interamericana.

El sistema de casos está basado en el mecanismo de *queja*. Puede ser presentada, según estipula el artículo 44 CADH, por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización. Se activa cuando se presenta una demanda o queja de presuntas violaciones de uno o varios de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

Antes de continuar, conviene volver a llamar la atención sobre una cuestión terminológica que ya había sido referida en otro apartado (Cap. II, epígrafe I.1), el doble significado que tiene el vocablo «denuncia» en el sistema interamericano de derechos humanos, su ambivalencia.⁵⁵¹ Esto en términos prácticos quizás no tenga mayor trascendencia, sin embargo, por esta misma razón, por su aplicación en planos (y con significados) distintos, es que los estudios o análisis deberían de hacer un esfuerzo por efectuar un uso más apropiado. En lo que corresponde a este trabajo, no se seguirá el uso propuesto por la mayoría de la doctrina en el plano de la CIDH, al referirse a la «denuncia ante la Comisión Interamericana»,⁵⁵² en cambio, se ha estimado más conveniente utilizar el otro sustantivo señalado por el propio artículo 44 CADH, el de «queja», para referir las demandas o peticiones de los sujetos legitimados que han creído vulnerados o violados los derechos que les reconoce la CADH y que ponen en

⁵⁵⁰ Respecto de las atribuciones y actividades principales de monitoreo, promoción y consulta, de forma amplia GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos...*, op. cit., en especial capítulo VI “La evolución de las otras funciones de la Comisión”, pp. 179 y ss. Conforme con el enfoque adoptado en este trabajo se exige centrarse en la función de tramitación de casos, pero no debe olvidarse que hasta la década de los noventa –como observa González Morales– fueron las actividades derivadas del monitoreo y la promoción de los derechos humanos (visitas *in loco*, informes sobre países, informes temáticos, informes anuales, etcétera) las que ocuparon principalmente a dicho órgano de control, cfr. *Ibíd.*, pp. 105 y 180, respectivamente. Lo que debe ser complementado con el testimonio de la evolución de estas actividades en las primeras décadas de uso, de uno de sus miembros, SEPÚLVEDA, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, un cuarto de siglo de evolución y empeños”, pp. 572 y ss. Lo anterior, por supuesto, no quiere decir que actualmente hayan perdido su importancia para la región, simplemente que el foco de atención en el actual escenario se ha movido hacia la nueva protagonista.

⁵⁵¹ El procedimiento de «denuncia de la Convención Americana», regulado en su artículo 78.

⁵⁵² Entre otros, GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos...”, op. cit., PINTO, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, prólogo de Edmundo Vargas Carreño, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005 y PIZZOLO, Calogero, op. cit.

conocimiento a la Comisión Interamericana, el órgano competente para revisarlas y tramitarlas.

Desde esta perspectiva, el procedimiento ante la CIDH consiste en la tramitación y resolución de esos casos específicos que son puestos en su conocimiento y es el primer eslabón en la cadena de actos que permiten conectar con la jurisdicción interamericana. Sin ese primer eslabón resulta imposible para la Corte Interamericana conocer las quejas que han cumplido previamente con todas las formalidades necesarias. Por ello, González Morales caracteriza a la CIDH como “[...] un primer filtro que asegura que sólo lleguen denuncias fundadas a la Corte y sobre las que las partes no han logrado un acuerdo”.⁵⁵³

De forma resumida, el procedimiento –siguiendo a González Morales– puede dividirse en tres grandes etapas. La primera, *trámite inicial y procedimiento de admisibilidad*,⁵⁵⁴ comprende propiamente los actos de recepción, registro formal de la queja y el acuse de recibo al quejoso (trámite inicial) y, posteriormente, la verificación de que las demandas cumplan los requisitos exigidos: que se encuentren dentro del plazo de presentación, la no sujeción a otro procedimiento internacional, el agotamiento previo de los recursos internos (o si caen dentro de los supuestos de excepción de este requisito), y que efectivamente se trate de hechos que lleven a caracterizar la violación de derechos humanos. De esto se encarga la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana. Al cumplir las peticiones con los requisitos necesarios para su tramitación y después de notificarle al Estado sobre el particular, quien tendrá que presentar alegatos en un plazo de dos meses, y sin que se controviertan “los motivos que fundamentan la petición”, la CIDH concluye un informe de admisibilidad, que es el que permite la apertura del caso, en caso contrario (informe de inadmisibilidad), se daría por

⁵⁵³ GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos...*, op. cit., p. 84, y GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos...”, op. cit., p. 46. Aunque, debe decirse, esa fundamentación no siempre sea compartida por la Corte Interamericana en la resolución final de los casos. Lo que sucede poco, pero existen antecedentes al respecto, por ejemplo, en el reciente caso *Brewer Carías vs. Venezuela* (Excepciones preliminares), de 26 de mayo de 2014, párr. 108, la CorteIDH señaló: “[...] si bien las determinaciones que efectúa la Comisión en su informe de admisibilidad son determinaciones prima facie, el Tribunal constata que es un error de la Comisión haber considerado que las decisiones adoptadas respecto a algunos de los jueces temporales y provisorios que intervinieron en el proceso se relacionaban directamente con el señor Brewer”. Lo que contribuyó a que la CorteIDH diera por válida la excepción preliminar interpuesta por el Estado venezolano. Entonces, lo que la *queja fundada* asegura en un primer momento es su estudio por parte de la Corte, es decir, se otorga legitimidad a las consideraciones y determinaciones de la Comisión, pero, por supuesto, eso no asegura que el caso sea fallado en un determinado sentido.

⁵⁵⁴ GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos...”, op. cit., pp. 47 y ss.

concluida la tramitación de la petición respectiva. La segunda, *procedimiento sobre el fondo*,⁵⁵⁵ consiste básicamente en un procedimiento de examen y confrontación de las posturas y observaciones de las partes sobre el fondo de la controversia (por escrito y, eventualmente, de forma oral en audiencia ante la CIDH). Durante el procedimiento las partes pueden llegar a una solución amistosa, que es el acuerdo o arreglo en común supervisado por la Comisión Interamericana, que “[...] debe ser acorde con las normas de derecho internacional de los derechos humanos, tener por objeto reparar los perjuicios causados a la[s] víctimas y sus familiares, y establecer una serie de medidas que deberán implementar el Estado responsable con la finalidad de evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir”.⁵⁵⁶ En el caso de que el procedimiento no se dirija en esta vía consensuada, la Comisión Interamericana determinará una decisión sobre el fondo, que son las conclusiones que asienta en un informe, teniendo el carácter de preliminar en el supuesto que considere al Estado responsable de violaciones de derechos humanos, con el fin de que éste cuente con un plazo determinado para cumplir con las recomendaciones y observaciones relativas vertidas en ese informe. La tercera, y última, *eventual sometimiento del caso a la Corte Interamericana*,⁵⁵⁷ parte de la premisa de que “la decisión final sobre el sometimiento del caso ante la Corte la tiene la Comisión”,⁵⁵⁸ y tiene que hacerlo tomando en cuenta el grado de cumplimiento de las recomendaciones hechas en el informe de fondo. Los criterios utilizados para el envío o no de un caso a la Corte Interamericana se encuentran en el artículo 45 Reglamento CIDH.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ *Ibídem*, pp. 51 y ss.

⁵⁵⁶ *Ibídem*, p. 51. Sobre el tratamiento doctrinal y la práctica internacional de la solución amistosa, CARMONA TINOCO, Jorge U., “La solución amistosa de peticiones de derechos humanos en el ámbito universal y regional, con especial referencia al sistema interamericano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 5, 2005, pp. 83-122, asimismo, STANDAERT, Patricia, “The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, 1999, pp. 519-542. Por su parte, para el caso del sistema europeo, véase el extenso estudio de KELLER, Helen, FOROWICZ, Magdalena y ENGI, Lorenz, *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights. Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁵⁵⁷ GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos...”, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

⁵⁵⁸ *Ibídem*, p. 53.

⁵⁵⁹ Dice lo siguiente: “1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. 2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos: a. la posición del peticionario; b. la naturaleza y gravedad de la violación; c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y d. el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”.

El tema, en general, del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Interamericana y, en específico, de los informes sobre el fondo (que es donde resuelve de forma definitiva los casos), es materia que suscita controversia. En la línea de pensamiento de Salvioli,⁵⁶⁰ negarle efectos jurídicos vinculantes a los informes finales (artículo 51 CADH) no resultaría admisible. Para ello es relevante la posición que ocupa la Comisión Interamericana en el diseño del sistema interamericano de derechos humanos. En este sentido, se debe prestar especial atención al carácter definitivo de las resoluciones de dicho órgano, todavía más cuando “[...] el asunto en cuestión ya no irá ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la última palabra sobre el caso luego del estudio de los hechos ha quedado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.⁵⁶¹ *Definitividad* consistente, a partir de los señalamientos que hiciera la Corte Interamericana en la **Opinión consultiva OC-15/97**,⁵⁶² en que la CIDH tiene vedado, salvo circunstancias excepcionales, modificar las opiniones, conclusiones o recomendaciones transmitidas a un Estado miembro, y que bajo ninguna circunstancia la CIDH está facultada por la Convención Americana para emitir un tercer informe. Ahora bien, el punto clave en las reflexiones del citado autor es el *principio de buena fe* para el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Así, estima que “[e]l deber para el estado de tomar las medidas a fin de remediar la situación examinada, proviene sin duda del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. [...] que en materia de protección internacional contemporánea de los derechos de la persona humana, el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales comprende acatar las decisiones de los órganos que aplican los instrumentos jurídicos de derechos humanos”.⁵⁶³ Como resultado de lo anterior, siendo el informe final “el último eslabón” del caso y teniendo carácter definitivo sus conclusiones, necesariamente es vinculante.⁵⁶⁴

Pese a la definitividad de los informes finales y el cumplimiento de buena fe que siempre debe caber en los Estados obligados, debe volverse a la base de que la Comisión Interamericana no tiene la naturaleza de un tribunal internacional y menos

⁵⁶⁰ SALVIOLI, Fabián, “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 143-155.

⁵⁶¹ *Ibíd.*, p. 146.

⁵⁶² Opinión consultiva OC-15/97, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 14 de noviembre de 1997, resolutivo 1.

⁵⁶³ SALVIOLI, Fabián, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁶⁴ *Ibíd.*, p. 151.

todavía es el tribunal creado por la Convención Americana. En este sentido, existe una considerable distancia entre el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana y las decisiones de la Comisión Interamericana. No en el sentido de su importancia y función dentro del sistema interamericano, que cada una de ellas encuentra acomodo en el entramado institucional, sino en su carácter jurídico. En la definición que pueda caber de sentencia internacional, que según la Convención Americana, únicamente es producida por la Corte Interamericana. A esto hay que agregar, además, el hecho mencionado previamente de que las conclusiones a las que pueda llegar la Comisión Interamericana en sus informes finales no son vinculantes para la Corte Interamericana.

2. Casos en materia de sufragio pasivo (1988-2011)⁵⁶⁵

La Comisión Interamericana, a diferencia de la Corte de San José, ha tenido la oportunidad de abordar en varias ocasiones algunos de los principales problemas que afectan al derecho de sufragio pasivo, contando por ello con una base más amplia de pronunciamientos donde ha ido estableciendo líneas generales de entendimiento e interpretación. Estos precedentes abarcan desde la puerta que da acceso al reconocimiento de derechos políticos (el derecho a la nacionalidad), pasando por la discusión del monopolio de los partidos políticos en las candidaturas de los cargos de elección popular y la revisión de figuras jurídicas tachadas de antidemocráticas (como los senadores vitalicios), hasta la discusión de las cuotas de género que afectan la representación política de la mujer. De igual forma es posible advertir la resolución de algunos casos a través de la figura de la solución amistosa, contemplada en la normativa interamericana, y que señala una razón más de la importancia de las funciones de la

⁵⁶⁵ Dos son las fuentes principales para consultar las resoluciones emitidas por la Comisión Interamericana, a través de los *Informes anuales* impresos, donde recopila y detalla sus actividades en la tramitación de las quejas o demandas, y la base de datos disponible en la página electrónica de la CIDH, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/peticiones.asp>. En adelante, en los casos que serán analizados he utilizado preferentemente esta última fuente. Desde la doctrina, en general, véase DALLA VÍA, Alberto R., “Los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, vol. 1, núm. 8, 2011, pp. 15-79.

Comisión como instancia regional de resolución de conflictos, sin la necesidad de activar la intervención de la jurisdicción interamericana.⁵⁶⁶

Según lo anterior, y conforme con el objetivo de esta investigación de profundizar en el análisis de la situación del sufragio pasivo en el sistema interamericano, resulta importante intentar sistematizar los casos que se han presentado en sede de la Comisión Interamericana y analizarlos con el fin de conocer los criterios que viene aplicando, muchos de los cuales tienen una correa de transmisión con las posturas adoptadas por la Corte Interamericana. Es decir, no se puede ignorar y menos prescindir de las actividades de la CIDH si se pretende tener una idea integral de los contornos del derecho de sufragio pasivo en el sistema interamericano de derechos humanos.

Ahora bien, en la revisión de los casos se ha preferido dar peso a las consideraciones y criterios resultantes de las resoluciones, por lo que dejamos de lado la categorización de estas últimas (si son informes de fondo, o de admisibilidad, o de inadmisibilidad) en tanto tendrían que ver con los efectos para los quejosos durante el proceso ante la Comisión Interamericana y no para perfilar los elementos argumentales contenidos en aquellas. Es cierto que los informes de fondo son los principales instrumentos de los que se vale la Comisión para asentar sus posiciones sobre el caso particular, sin embargo, en muchas ocasiones pronunciamientos relevantes se pueden encontrar en los informes previos. Por su parte, hasta donde se ha podido agotar los precedentes en los temas relativos a los derechos políticos, no se han encontrado resoluciones que permitan advertir quejas amparadas únicamente en la Declaración Americana, previo a la entrada en vigor de la Convención Americana (18 de julio de 1978). Es así que casi todos los casos que se analizarán a continuación se refieren a los derechos protegidos en este último instrumento. En este sentido, el período de que ha dispuesto la CIDH para perfilar sus criterios sobre el derecho de sufragio pasivo es relativamente más breve en comparación con el de otros derechos.

En estas poco más de dos décadas que delimitan el período de estudio de los casos ante la CIDH, que abarca de 1988 a 2011, los países que se han visto implicados han sido 7, los cuales se mencionan a continuación: Argentina, Chile, Estados Unidos,

⁵⁶⁶ Véanse los informes de la CIDH, Informe 103/01, caso 11.307, María Merciadri de Morini, Argentina, 11 de octubre de 2001 e Informe 22/11, petición 71-06 y Otras, solución amistosa, Gloria José Yaquetto Paredes y otros, Perú, 23 de marzo de 2011.

Guatemala, Haití, México y Perú. En esta lista también deben incluirse los cinco casos que fueron tramitados por la Comisión Interamericana y, ulteriormente, presentados a la competencia de la Corte Interamericana. Mismos que serán estudiados en otro apartado, por lo que se creyó conveniente no adelantar un análisis al respecto.⁵⁶⁷

A. Derecho a la nacionalidad

El **Caso Estiverne**⁵⁶⁸ es uno de los primeros antecedentes que pueden encontrarse relativos a demandas relacionadas con la afectación de derechos políticos ante la competencia de la Comisión Interamericana. El señor Nicolás Estiverne, haitiano de origen, durante la década de los setenta se trasladó a los Estados Unidos con el fin de asentar su residencia allí, ante la situación que vivía Haití con la dictadura de François Duvalier (y, posteriormente, continuada por su hijo Jean-Claude Duvalier, “Baby Doc”).⁵⁶⁹ En su estancia en Estados Unidos le fue otorgada la naturalización estadounidense, hecho que conforme con la entonces vigente legislación haitiana era causa de pérdida de la nacionalidad haitiana.

El 7 de febrero de 1986 el dictador Jean-Claude Duvalier abandona Haití y se produce la perspectiva de modificaciones a la Constitución, las cuales permitirían recuperar los derechos civiles y políticos como ciudadanos haitianos a quienes habían salido de la isla durante el régimen dictatorial y adoptaron una nacionalidad distinta. Por lo que Estiverne regresa con la intención de asentarse de nueva cuenta en su tierra de origen y comienza a realizar actividades de campaña electoral como candidato para las elecciones presidenciales de 29 de noviembre de 1987.

⁵⁶⁷ **Caso YATAMA, Caso Castañeda Gutman, Caso López Mendoza, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) y Caso Argüelles y otros.** Los informes de admisibilidad publicados por la CIDH pueden consultarse, respectivamente, como Informe 125/01, caso 12.388, YATAMA, Nicaragua, de 3 de diciembre de 2001, Informe 67/08, petición 275-08, Leopoldo López Mendoza, Venezuela, de 25 de julio de 2008 e Informe 40/02, petición 12.167, Argüelles y otros, Argentina, de 9 de octubre de 2002.

⁵⁶⁸ CIDH, Resolución 20/88, caso 9855, Haití, de 24 de marzo de 1988. También en *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, Washington, OEA-CIDH, 1988, capítulo III “Resoluciones relativas a casos individuales”.

⁵⁶⁹ El marco general de este período puede verse en GRAFENSTEIN GAREIS, Johanna von, “La dictadura de los Duvalier en Haití (1957-1986). Análisis de la estructura de poder y de la resistencia interna al régimen”, *Cuadernos Americanos*, año XLV, vol. CCLXVI, núm. 3, mayo-junio de 1986, pp. 15-30.

El actor durante sus actividades de campaña hizo declaraciones en radio y televisión que afectaban los intereses de políticos y militares que aún se encontraban en el poder. Fue así que el Consejo Nacional de Gobierno dictó orden de expulsión en contra de él, basándose en su calidad de *extranjero*.⁵⁷⁰ Esa decisión fue defendida por el gobierno haitiano argumentando sus poderes soberanos.⁵⁷¹

El análisis que la Comisión Interamericana efectúa del caso se centra en las reformas constitucionales –aprobadas durante el procedimiento seguido ante ella– que abrían esa posibilidad de recuperar la nacionalidad de origen (y con ello el ejercicio del resto de derechos y deberes inherentes) para aquellas personas que tuvieron la necesidad de cambiarla durante su exilio, hecho que contrastaba con las condiciones de imposibilidad implementadas por el gobierno haitiano para que el demandante pudiera recuperarla. Una actitud abiertamente en contra del derecho reconocido en el artículo 20.3 CADH,⁵⁷² por lo que la Comisión Interamericana considerará “Que al señor Nicolás Estiverne no se le ha permitido recuperar su nacionalidad [de origen] y que *ha sido privado de la posibilidad de recuperarla y participar en la vida política de su país* por razones invocadas por el Gobierno haitiano que nunca han sido sometidas a revisión judicial”.⁵⁷³

De lo anterior destaco un par de cuestiones. Por un lado estamos ante un derecho –el de la nacionalidad– de suma importancia para el derecho de sufragio pasivo y, en general, para los derechos políticos, ya que es el que abre o permite en primera instancia su ejercicio a los individuos en una comunidad política determinada. Al respecto la Corte Interamericana ya había establecido con anterioridad:

“el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma

⁵⁷⁰ Según las declaraciones del peticionario, la campaña electoral, hasta el momento de la expulsión, había durado aproximadamente ocho meses (del 13 de mayo de 1986 al 13 de enero de 1987), misma que había sido difundida y seguida por los medios de comunicación.

⁵⁷¹ Así lo dejan ver las siguientes líneas: “Tomando en cuenta que es extranjero, el comportamiento del señor Nicolás Estiverne puede considerarse como seria interferencia en los asuntos internos de Haití; es más, un ataque a la soberanía nacional. Por consiguiente, la medida de expulsión tomada por el Gobierno es completamente legal y de conformidad con los poderes de un Estado soberano”, CIDH, Resolución 20/88, caso 9855, Haití, de 24 de marzo de 1988, párr. 6.

⁵⁷² Textualmente dicho dispositivo establece: “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

⁵⁷³ CIDH, Resolución 20/88, caso 9855, Haití, de 24 de marzo de 1988, considerando 3, cursivas no del original.

arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo”.⁵⁷⁴

Esto, por supuesto, implicaría que las decisiones de las autoridades de los Estados parte que priven del derecho de nacionalidad, así como de las posibilidades de cambiarla, deben de ser sometidas a revisión judicial, como señalaba la CIDH.

Por el otro, la Comisión Interamericana encontró que los motivos de la expulsión de Estiverne fueron sus declaraciones públicas, razón para tener a su alcance un recurso sencillo y rápido de defensa.⁵⁷⁵ A pesar de que la CIDH encuentra violaciones a los derechos involucrados, en los hechos el actor no pudo presentarse a las elecciones presidenciales de su país.⁵⁷⁶

B. El monopolio de los partidos de las candidaturas electorales

La relevancia del **Caso Ríos Brito**,⁵⁷⁷ pese a que fuera declarado inadmisible por la CIDH, radica en ser uno de los primeros antecedentes donde se discute la lesión directa del derecho a ser elegido (artículo 23 CADH) teniendo como fondo el monopolio de los partidos políticos en la postulación de los candidatos electorales, y que será base para este órgano interamericano en la revisión de casos posteriores.⁵⁷⁸ Es un supuesto de negativa de inscripción de la candidatura del señor Jesús A. Ríos Brito que pretendía hacerlo de forma independiente de los partidos políticos, para el cargo de diputado nacional por el Distrito electoral de la Provincia de Corrientes, en las elecciones de 30 de octubre de 1983.⁵⁷⁹ Las autoridades electorales argentinas

⁵⁷⁴ CorteIDH, Opinión consultiva OC-4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, párr. 34, cursivas no del original. Asimismo, sobre el tema puede consultarse GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Temas en la reciente jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos”, *AlbJC*, núm. 6, 2002, p. 673.

⁵⁷⁵ CIDH, Resolución 20/88, caso 9855, Haití, de 24 de marzo de 1988, considerando 12.

⁵⁷⁶ Esto también abre una arista en el plano colectivo, ya que la expulsión no solo tuvo efectos negativos en los derechos individuales del demandante, sino que también puede verse como afectada a la sociedad haitiana, quienes en algún momento ya habían contemplado la candidatura de Estiverne durante casi ocho meses.

⁵⁷⁷ CIDH, Resolución 26/88, caso 10109, Argentina, de 13 de septiembre de 1988.

⁵⁷⁸ Como por ejemplo el **Caso Whitbeck Piñol**, CIDH, Informe de fondo 21/94, caso 10.804 (b), Guatemala, de 22 de septiembre de 1994, asunto que se analizará más adelante.

⁵⁷⁹ Un dato significativo de la llegada de demandas en materia de derechos políticos al sistema interamericano tiene que ver con los procesos de transición a la democracia que se estaban experimentando en los países de la región. El proceso electoral de 30 de octubre de 1983 en Argentina, que también incluyó la elección del presidente de la República, marca el inicio de la institucionalización

fundamentaron tal negativa en la ley electoral en ese momento vigente que regulaba en favor de los partidos políticos la nominación «en forma exclusiva» de los candidatos de elección popular. El actor alegó básicamente la necesidad de los ciudadanos argentinos de afiliarse a un partido político para poder ser candidatos a los diferentes cargos públicos representativos.

De inicio la CIDH se encuentra con una limitante de peso para que hubiera dejado de efectuar consideraciones sobre la materia discutida en el asunto, ya que el Estado demandado acreditó que el hecho que daba origen a la demanda era anterior a la entrada en vigor de la Convención Americana para Argentina, sin embargo, con un razonamiento ciertamente discutible,⁵⁸⁰ la CIDH entenderá superada esta circunstancia al haberse dado una especie de actualización de la demanda debido a la tardía respuesta por parte de las instancias judiciales nacionales al resolver el asunto y los cambios normativos en materia derechos humanos y derecho electoral acontecidos en el ordenamiento argentino durante el itinerario del caso, que mantenían el centro de la discusión, esto es, la vigencia del monopolio de los partidos políticos en la presentación de los candidatos electorales.

En primer lugar, rechaza que la exclusividad postuladora de los partidos políticos incluya también la obligación ineludible para los ciudadanos de afiliarse a ellos para poder ser candidatos de elección popular, un requisito inexistente en la normativa argentina y que por tanto la CIDH no entra a distinguir, además de que existían casos donde los partidos políticos argentinos habían postulado a candidatos no afiliados.⁵⁸¹ Para posteriormente poner de relieve la complejidad que deben afrontar los Estados parte para canalizar el potencial que tiene todo candidato para ser elegido en las competencias electorales, razón para que la ley reglamente su ejercicio.⁵⁸² Por lo que

de las elecciones periódicas como mecanismo para elegir a sus representantes políticos, dejando atrás las prácticas frecuentes de golpes militares para ejercer el poder.

⁵⁸⁰ CIDH, Resolución 26/88, caso 10109, Argentina, de 13 de septiembre de 1988, conclusiones 4, 5 y 6.

⁵⁸¹ En última instancia, para la CIDH “[...] el reclamante tiene abierta la posibilidad de afiliarse a cualquiera de los partidos argentinos y promover en ellos su candidatura, además, de poder fundar su propio partido y dentro del mismo aspirar a ser electo al cargo que sea de su libre escogencia”, *ibídem*, conclusión 11. Situación que se encontraba presente en los argumentos esgrimidos por el Estado demandado.

⁵⁸² En este sentido, señala que “[...] todo cuerpo electoral está formado por miles o millones de electores, o sea, que cada elector es potencialmente, un candidato con idéntico derecho que los demás a ser elegido para posiciones públicas de carácter electivo. Este potencial hace necesario, para el desenvolvimiento democrático, que la ley reglamente el ejercicio de este derecho”, *ibídem*, conclusión 8.

afirmará que “los partidos políticos son institutos necesarios en la democracia”,⁵⁸³ además haciéndose eco de las posturas esgrimidas por el Estado argentino, destaca la labor y el papel de los partidos políticos dentro de la democracia representativa:

“La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos... En oportunidad de cada acto electoral, los partidos seleccionan a los candidatos entre los cuales el elector deberá optar al emitir su sufragio; con lo cual imponen el orden de la opinión pública, ya que si los ciudadanos votasen directamente, sin esta labor previa de las aseguraciones partidarias, sobrevendría el caos y la anarquía en los comicios, los votos se dispersarían desordenadamente y quienes resultasen elegidos carecerían de representatividad por el escaso número de sufragios que obtendrían”.⁵⁸⁴

En cierto momento la CIDH se refiere a “candidatos «independientes»”,⁵⁸⁵ pero lo hace en un sentido distinto a la figura que actualmente se va consolidando como supuesto especial en las legislaciones electorales de la región,⁵⁸⁶ refiriéndose en concreto –según el contexto del caso en cuestión– a los supuestos en que otros sujetos legitimados (como la agrupación de electores en España),⁵⁸⁷ pueden presentar candidaturas electorales. Pero donde queda claro que el sujeto legitimado para la presentación o postulación de candidaturas es alguien distinto del ciudadano.

C. Autenticidad de las elecciones

En la historia electoral reciente de México, los procesos electorales en el nivel de las entidades federativas se convirtieron en los principales motores del cambio

⁵⁸³ *Ibíd*em, conclusión 10. Frase que volverá a utilizar en el **Caso Whitbeck Piñol**, CIDH, Informe de fondo 21/94, caso 10.804 (b), Guatemala, de 22 de septiembre de 1994, párr. 8.

⁵⁸⁴ CIDH, Resolución 26/88, caso 10109, Argentina, de 13 de septiembre de 1988, conclusión 10. Considero que con el paso del tiempo, en nuestros días, esta posición se muestra un tanto exagerada, pues si bien es verdad que en la democracia representativa los partidos políticos tienen un protagonismo indiscutible, también lo es que en muchos países de la región el monopolio de los partidos políticos en la postulación de los candidatos de elección popular se ha visto matizado por la introducción en varios sistemas electorales de la figura del candidato independiente, lo que no ha significado «caos» y «anarquía» en los comicios.

⁵⁸⁵ *Ibíd*em, conclusión 9.

⁵⁸⁶ Por ejemplo, véanse los casos de El Salvador (Disposiciones para la postulación de candidaturas no partidarias en las elecciones legislativas, de 16 de diciembre de 2010) y México (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de 23 de mayo de 2014), donde se entiende por candidato independiente (art. 3.1.c), “El ciudadano que obtenga por parte de la autoridad electoral el acuerdo de registro, habiendo cumplido los requisitos que para tal efecto establece la presente Ley”.

⁵⁸⁷ Es el supuesto prescrito por el artículo 169.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de 19 de junio de 1985, que exige –en el caso de las candidaturas para diputados nacionales y senadores– “al menos, la firma del 1 % de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción”.

político, fue allí donde la oposición comenzó a ganar terreno y también a fortalecer su organización interna. Sin embargo, al estar las instituciones gubernamentales federales y locales bajo el control absoluto del partido en el poder, las posibilidades de acceder a los cargos de elección popular eran pocas o nulas para los candidatos opositores. Es en esta tesitura donde pueden ubicarse las tres distintas demandas (con actores y hechos distintos) sobre la situación imperante –a finales de la década de los ochenta–⁵⁸⁸ en ciertos procesos electorales locales y sus garantías, las cuales serán agrupadas por la CIDH en una misma causa.⁵⁸⁹

En términos generales los hechos que dieron lugar a las demandas se mencionan a continuación: en el **Caso 9768** durante las elecciones para Diputados locales en la entidad federativa de Chihuahua, celebradas el 7 de julio de 1985, se falsificaron actas de escrutinio al grado de modificar el resultado en varias casillas electorales (mesas electorales); el **Caso 9780** tiene como marco las elecciones municipales en la capital de la entidad federativa de Durango, celebradas el 6 de julio de 1986, e igualmente con origen en la irregularidad de falsificación de planillas, alterando el resultado; y en el **Caso 9828**, se indican una serie de hechos (creación y cancelación arbitraria de casillas electorales, relleno de urnas, apertura anticipada de casillas electorales, entre otros) que condujeron a un fraude masivo en el recuento de los votos en la elección de Gobernador en la entidad federativa de Chihuahua, celebrada el 6 de julio de 1986.

⁵⁸⁸ González Morales señala, desde un plano político-material, la importancia de esta resolución al marcar un cambio de rumbo en los intereses de la Comisión Interamericana, quien se había enfocado hasta ese momento en la situación de los países con gobiernos dictatoriales y además alude al cambio de actitud de los Estados miembros hacia la CIDH, que “se volvería mucho más compleja y volátil”, GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990)”, *Revista IIDH*, núm. 46 (edición especial sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos), julio-diciembre de 2007, p. 148. Asimismo, según alude el antiguo secretario ejecutivo de la CIDH, “La Comisión tuvo una disputa muy fuerte con el gobierno mexicano, pues éste cuestionaba que la Comisión pudiese analizar el proceso electoral en sí y si la Comisión tenía o no facultades para establecer si las elecciones habían sido libres o si había habido fraude electoral”, CANTON, Santiago A., “La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y democracia”, *Revista IIDH*, núm. 42, julio-diciembre de 2005, p. 99. En este sentido, el posterior **Caso Bravo Mena** escenificó una ardua batalla entre el gobierno mexicano y la Comisión Interamericana, véase CIDH, Informe 14/93, caso 10.956, México, 7 de octubre de 1993. En dicho asunto hay dos temas principales a discusión: la existencia de un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección de los derechos políticos y la debida integración de los organismos electorales, en sintonía con los elementos de autenticidad, igualdad y transparencia que deben prevalecer en todo proceso electoral. El señor Bravo Mena, en aquella época uno de los dirigentes del Partido Acción Nacional, denunció las anomalías sucedidas en las elecciones de 1990 para renovar a los diputados del Congreso Local y la totalidad de los gobiernos municipales del Estado de México, y que a su entender resultaban en “una duda razonable sobre la validez, efectividad y legalidad del sufragio”, ibídem, p. 3.

⁵⁸⁹ CIDH, Resolución 01/90, casos 9768, 9780 y 9828 (México), de 17 de mayo de 1990. Sobre esta resolución y su relevancia para la protección regional de los derechos políticos, véase SHELTON, Dinah, “Representative democracy and human rights in the Western Hemisphere”, *Human Rights Law Journal*, vol. 12, No. 10, octubre 1991, pp. 356 y ss.

La Comisión Interamericana dedica parte de la resolución al estudio de varios factores institucionales que afectan el ejercicio de los derechos políticos y a una de las características específicas que debe existir en todo proceso electoral: la «autenticidad». Previo a esto, la CIDH considera que “la vigencia de los derechos y libertades mencionados [derechos políticos, libertad de expresión, libertad de asociación y libertad de reunión] requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes se antepongan a la voluntad de los gobernantes y en el que exista un control de unas instituciones sobre otras con el objeto de preservar la pureza de la expresión de la voluntad popular –estado de derecho–”.⁵⁹⁰

Respecto del término de «autenticidad» de las elecciones, para la Comisión Interamericana “significa que debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. En sentido negativo, esta característica implica la ausencia de coerciones que distorsionen la voluntad de los ciudadanos”.⁵⁹¹ En realidad, este concepto es más amplio, pues no solo comprende a la elección propiamente, sino que la CIDH agrega:

“la autenticidad de las elecciones abarca dos categorías diferentes de fenómenos: por un lado, los referidos a las condiciones generales en que el proceso electoral se desarrolla y, por otro lado, aquellos fenómenos vinculados con el sistema legal e institucional que organiza las elecciones y que ejecuta las acciones propias del acto electoral, es decir, aquello relacionado de manera directa e inmediata con la emisión del voto”.⁵⁹²

Ahora bien, la CIDH se pronuncia sobre el contenido del artículo 23.1.b en los siguientes términos: “el derecho abstracto a votar y ser elegido para tener vigencia práctica implica un acto electoral, de allí que la Convención califique las características de las elecciones”.⁵⁹³ Por lo que más adelante termina diciendo: “desde el punto de vista normativo, la estructura del artículo 23.1.>b incorpora elementos operativos imprescindibles para que el derecho reconocido tenga vigencia práctica. En efecto, la sola mención al derecho a votar y ser elegido sin referencia a las elecciones caracterizadas de manera precisa, no pasaría de ser una declamación inocua”.⁵⁹⁴ Es así que debe entenderse que la autenticidad, como *elemento operativo imprescindible*, se encuentra incorporado en la estructura normativa del artículo 23 CADH. En otras

⁵⁹⁰ Ibídem, párr. 42.

⁵⁹¹ Ibídem, párr. 47.

⁵⁹² Ibídem, párr. 48.

⁵⁹³ Ibídem, párr. 85 *in fine*.

⁵⁹⁴ Ibídem, párr. 88.

palabras, sin elecciones auténticas el ejercicio de las dos modalidades de sufragio quedaría vaciado de contenido.

D. *¿Una inelegibilidad permanente es compatible con la CADH?*

El **Caso Ríos Montt**⁵⁹⁵ se encuentra –en mi opinión– entre los más interesantes y relevantes de los casos recogidos en este apartado, lo es porque toca una de las cuestiones que causan mayor controversia actualmente –y que la Corte Interamericana no termina todavía de disipar–, a saber, la interpretación del contenido jurídico del segundo apartado del artículo 23 CADH. Por lo que este sería uno de los primeros antecedentes que sustenta una posibilidad de interpretación no rígida de dicho dispositivo, a partir de las características y condiciones particulares que se le presentaban a la CIDH con este caso.

Pero antes se vuelven necesarias unas muy breves pinceladas del contexto. El señor José Efraín Ríos Montt, conocido político en Guatemala, desempeñó un papel relevante como Jefe del «gobierno de facto» instaurado por los militares en la primera mitad de la década de los ochenta.⁵⁹⁶ Posteriormente, a causa de otro golpe militar ocurrido el 8 de agosto de 1983 fue separado del cargo que desempeñaba. En este período se dictó un decreto de amnistía que benefició a los caudillos, jefes de un golpe de Estado o aquellos que como consecuencia de tales hechos participaron como jefes de gobierno. Asimismo, se convocó a Asamblea Constituyente que tuvo como resultado la Constitución de 1986, en la que se contemplaría un supuesto de inelegibilidad concreto

⁵⁹⁵ CIDH, Informe 30/93, caso 10.804, Guatemala, de 12 de octubre de 1993. Algunas observaciones de interés sobre este caso, véase DAVIDSON, Scott, “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System”, en HARRIS, David J. y LIVINGSTONE, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 281 y s.

⁵⁹⁶ En el sistema interamericano de derechos humanos este período de gobierno en Guatemala es tristemente recordado en materia de masacres contra la población civil. Los casos resueltos ante la Corte Interamericana (*Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (Fondo), de 29 de abril de 2004, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 24 de noviembre de 2009 y *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 4 de septiembre de 2012) y que precisamente han involucrado al gobierno de Ríos Montt, en términos de lo que señala García Ramírez, han significado el enjuiciamiento de este personaje, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La «navegación americana» de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, op. cit., p. 478.

para que determinadas personas no pudieran acceder al cargo de Presidente de la República.⁵⁹⁷

Los hechos que dieron lugar a la queja ante la CIDH ocurrieron durante las elecciones de 1990.⁵⁹⁸ Una coalición de partidos políticos solicitó ante la autoridad electoral competente la inscripción de la lista de candidatos que esta postulaba para los cargos de Presidente, Vicepresidente, Diputados y suplentes al Congreso Nacional y al Parlamento Centroamericano, listado donde se incluían 70 personas y al actor. Conforme con las inelegibilidades contempladas en el artículo 186 constitucional el Registro General de las Personas y el Tribunal Supremo Electoral negaron la inscripción. El quejoso consideró que las disposiciones constitucionales guatemaltecas contrariaban el artículo 23 CADH al establecer una restricción permanente (de por vida) a su derecho fundamental de sufragio pasivo, sosteniendo además que se estaría violando el derecho de los ciudadanos guatemaltecos, que así lo hubieran deseado, de elegirlo como Presidente.

Para abordar este asunto la Comisión Interamericana analiza los antecedentes de las inelegibilidades existentes en los ordenamientos constitucionales de Guatemala y – en perspectiva comparada– de la región centroamericana, así como los límites permitidos por la Convención Americana en esta materia, con el objetivo de encontrar un sustento que le permitiera evidenciar si el tipo de inelegibilidad establecida en la Constitución guatemalteca era consistente con la CADH.⁵⁹⁹ Teniendo en mente lo

⁵⁹⁷ Conforme con el artículo 186.a constitucional se establece que “No podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República: a) El caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que haya alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno”.

⁵⁹⁸ En el ámbito interno, según alude un antiguo presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, la justicia constitucional al resolver el **Caso Ríos Montt** (Expediente 280-90, de 19 de octubre de 1990) había llegado a la conclusión de que la inelegibilidad impugnada “[...] se había basado en una relación de soberanía política en la que no se discriminaba en razón de hechos ajenos a las personas o a su condición social, económica o a sus creencias, sino que se había legislado en protección del principio de autenticidad electoral y de efectividad de la autodefensa de la Constitución”, cfr. ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo, “Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2010, p. 547. Por otra parte, esa decisión se convertiría a la sazón en un antecedente de significativa relevancia sobre la interpretación de la jerarquía de los tratados internacionales, y en especial de la Convención Americana, en el orden jurídico guatemalteco. Según el autor citado, “[...] el fallo ha servido de modelo para definir toda una jurisprudencia posterior de la Corte en relación con la interpretación dada al artículo 46 constitucional”, ídem.

⁵⁹⁹ Cfr. CIDH, Informe 30/93, caso 10.804, Guatemala, de 12 de octubre de 1993, párr. 20.

anterior, utiliza un esquema de análisis en tres niveles: sistemático, histórico-comparado (derecho nacional y derecho internacional) y contextual.⁶⁰⁰

En el primer nivel, la Comisión Interamericana advierte que en sus resoluciones no sólo acude a la interpretación de la CADH, sino que adquieren relevancia paralelamente a ella las relaciones con «otros» instrumentos del sistema interamericano “en cuanto reafirman al sistema democrático constitucional como base y objetivo de la acción del sistema y de sus Estados componentes”.⁶⁰¹ En este orden de ideas, la Carta OEA tiene un lugar central. Posteriormente, fijada la red normativa a confrontar, entra al análisis del asunto desde la perspectiva histórica y comparada, buscando en primer lugar los antecedentes de la norma controvertida (causa de inelegibilidad permanente) para establecer el objetivo o fin que persigue y los principios en los que se sustenta. En el segundo nivel, la comparación con los supuestos de inelegibilidad existentes en las normas constitucionales de otros países, especialmente las de la región centroamericana, le permite “verificar si tiene carácter discriminatorio o si excede los límites convencionales”.⁶⁰² Así, la CIDH encuentra referencias históricas en las Constituciones de Guatemala, y en las de Honduras y Nicaragua que recogen en términos similares supuestos de inelegibilidad permanente, con lo que sienta un criterio para la revisión de casos ulteriores:

“[...] el derecho constitucional comparado indica diferentes condiciones de inelegibilidad que buscan evitar el nepotismo, el conflicto de intereses (contratistas del Estado, etc.), condición de miembro de órdenes religiosas, de otros poderes o servicios del Estado (magistrados judiciales y militares activos, etc.). Es decir, la defensa de la efectividad de los derechos políticos y de la autenticidad de las elecciones ha llevado a distintas formas de reglamentación de la elegibilidad para ser Presidente de un país, que deben de ser consideradas como contexto de apreciación por la Comisión”.⁶⁰³

Teniendo en cuenta los resultados de los análisis previos, el nivel contextual cuenta con un mejor sustento para determinar las posibles violaciones en el caso

⁶⁰⁰ Ibídem, párrs. 21 y ss. Llama la atención dicho esquema pues su utilización es inusual hasta ese momento en las resoluciones de la Comisión Interamericana, y que se asemeja en demasía a la herramienta del *margen de apreciación nacional* desarrollada por el TEDH; en la resolución en cuestión se menciona textualmente un “margen de apreciación” o “margen de apreciación permitido por el derecho internacional”, ibídem, párrs. 24 y 31. Para un acercamiento exhaustivo a sus características y utilización jurisdiccional en el sistema de la Convención Europea, GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*, op. cit.

⁶⁰¹ CIDH, Informe 30/93, caso 10.804, Guatemala, de 12 de octubre de 1993, párr. 23.

⁶⁰² Ibídem, párr. 32.

⁶⁰³ Ibídem, párr. 34.

concreto. En este sentido, para la CIDH el factor del origen democrático tanto del gobierno como de la Constitución de 1986 es un factor determinante en el balance que hace, ya que “dicha causal de inelegibilidad surge de un acto de Asamblea Constituyente elegida por votación democrática en la que el pueblo guatemalteco decidió a través de sus representantes constituyentes que era necesario mantener dicha causal, ya existente en la historia constitucional guatemalteca y aún más, hacerla permanente”.⁶⁰⁴

Con ello, la CIDH rechaza que Guatemala haya incurrido en la violación del derecho a ser elegido del demandante. En suma, puede decirse que las consideraciones y argumentación utilizada por la CIDH tienen un significado relevante para la interpretación del artículo 23.2, en especial el peso del contexto (circunstancias del caso, concepciones jurídicas prevalecientes en el período analizado, etcétera) para determinar el grado en que las restricciones impuestas por los ordenamientos locales, en forma de causales de inelegibilidad, pueden afectar el derecho a ser elegido.⁶⁰⁵

E. Unidad de la fórmula electoral e independencia procesal de los candidatos

El caso que ahora será abordado, **Caso Whitbeck Piñol**,⁶⁰⁶ y el recién descrito se encuentran estrechamente conectados porque tienen origen en los mismos hechos, sin embargo, la CIDH entendió que debían ser tratados de forma separada, ya que “[...] las

⁶⁰⁴ Ibídem, párr. 38.

⁶⁰⁵ El desenlace de este caso, sin embargo, estaba lejos de saldarse con la resolución de la CIDH. Muy al contrario, la decisión asentada en esa ocasión será utilizada de forma inesperada para posteriormente sostenerse en el ámbito nacional una nueva interpretación de la disposición constitucional en controversia, permitiendo con ello la participación del señor Ríos Montt en unas elecciones presidenciales. Ese nuevo intento para convertirse en el candidato a la presidencia de la República de Guatemala tendrá lugar en el 2003. En términos generales, sucedió lo mismo que en la ocasión anterior (Ríos Montt 1, de 1990), el partido político Frente Republicano Guatemalteco (FRG) que postulaba la candidatura del señor Ríos Montt intentó registrar la respectiva lista y la autoridad electoral, en clara lógica con los antecedentes previos, negó su inscripción conforme con la citada inelegibilidad marcada por la Constitución guatemalteca, por lo que el caso llegó –de nueva cuenta– a la Corte de Constitucionalidad. Y es aquí, en el Expediente 1089-2003, de 14 de julio de 2003, donde el tribunal cambiará drásticamente su criterio asentado en 1990. Fallo que, por otro lado, no estuvo exento de agrios desacuerdos y presiones políticas, como puede observarse de la lectura de los votos particulares que acompañan la sentencia. Al final la mayoría optó por recuperar los razonamientos de los votos particulares de la minoría en el **Caso Ríos Montt 1** para reforzar sus consideraciones y entender que la inelegibilidad constitucional para optar al cargo de Presidente no era aplicable al demandante (Ríos Montt) y, por tanto, podía ser elegible.

⁶⁰⁶ CIDH, Informe de fondo 21/94, Caso 10.804 (b) Guatemala, de 22 de septiembre de 1994.

características de los casos los diferenciaban”.⁶⁰⁷ El señor Harris H. Whitbeck Piñol, quien iba en la misma lista –como candidato a Vicepresidente de la República– que fue rechazada para su registro por la autoridad electoral guatemalteca a causa de la inelegibilidad manifiesta del candidato al cargo de Presidente (el supuesto del caso anterior), argumentó que al ser los partidos políticos quienes tenían la personalidad jurídica para solicitar la inscripción de los candidatos e impugnar cualquier acto del proceso electoral, se violaba su derecho de defensa en juicio, afectando sus intereses para participar como candidato a un cargo de elección popular.

En el nivel interno, la Corte de Constitucionalidad (al igual que lo hiciera el Tribunal Supremo) había considerado “que no son los candidatos en lo personal los que se inscriben como tales, sino que son los partidos políticos los que lo solicitan, por lo que a éstos corresponde el derecho de representar en juicio a sus candidatos”,⁶⁰⁸ en clara sintonía con la cláusula de exclusividad otorgada por la norma electoral nacional a los partidos políticos en la postulación de candidatos de elección popular.

Sobre el particular la CIDH recordó su criterio del papel y la importancia de los partidos políticos en la democracia representativa.⁶⁰⁹ Pero, no obstante su papel clave, las funciones de los partidos políticos (incluida la de defensa de sus candidatos) no son tales que lleven necesariamente a impedir que los candidatos electorales incluidos en una misma lista, de forma individual puedan atacar decisiones que le afecten personalmente o al conjunto de la lista en la que se encuentre, en este sentido la CIDH afirmó: “que debe quedar siempre abierta la vía administrativo-electoral o judicial para que el partido o los candidatos individuales puedan reclamar de una decisión que afecte a los otros candidatos”.⁶¹⁰

Esto quedaba relacionado necesariamente, según los preceptos constitucionales guatemaltecos, con la naturaleza de la fórmula electoral para los cargos de Presidente y Vicepresidente, que la CIDH va a entender como “una unidad indisoluble”. Entonces, lo trascendente de esa unidad es que cuando alguno de los componentes de la fórmula incurra en alguna inelegibilidad deben existir los mecanismos necesarios para su

⁶⁰⁷ *Ibidem*, párr. 3.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, párr. 2 *in fine*.

⁶⁰⁹ Véase *supra* el **Caso Ríos Brito**.

⁶¹⁰ CIDH, Informe de fondo 21/94, Caso 10.804 (b) Guatemala, de 22 de septiembre de 1994, párr. 10.

reemplazo, ya que la suerte de uno afecta al otro.⁶¹¹ En este sentido, puede decirse que la *independencia procesal de los candidatos*, en el caso de las unidades electorales indisociables, es indispensable para la efectiva defensa de su derecho fundamental a ser elegido.

F. Medidas cautelares y recurso efectivo para la tutela de los derechos políticos

Ciertas fases o etapas del proceso electoral, principalmente las iniciales, parecen quedar demasiado alejadas de las facultades de control que ejerce la CIDH al tutelar los derechos políticos protegidos por la Convención Americana. En esta hipótesis, la inscripción de las candidaturas electorales aparece como la principal problemática que enfrenta, pues la protección que pudiera ofrecer la CIDH al quejoso es de tipo prospectiva (al analizar la situación fáctica y jurídica del caso y, en el supuesto de que procediese, efectuar recomendaciones que impidan la repetición de vulneraciones similares para otros ciudadanos), pero no restaurativa (en el entendido de que no podría revertir los resultados de elecciones que ya fueron consumadas).

En este sentido, el **Caso Higuchi Miyagawa**⁶¹² muestra de forma clara el proceder de la Comisión Interamericana frente a situaciones fácticas que presentan indicios de posibles violaciones en la inscripción de candidatos electorales, con el agravante de que las elecciones estén próximas a celebrarse.⁶¹³ Ante la certeza de que el procedimiento ante la Comisión Interamericana requiere de invertir un tiempo largo para su desahogo, opta por darle celeridad a la tramitación de la instrucción de las quejas y dicta «medidas cautelares» para asegurar, en caso de comprobar las violaciones

⁶¹¹ En términos de la CIDH: “el rechazo fundado en causa legal de uno de los integrantes de tal fórmula, sólo puede traducirse en la violación de los derechos políticos del otro componente, en la medida que la ley, o la interpretación que de ella hagan los órganos electorales prohíba o impida el remplazo del candidato excluido”, *ibídem*, resolutivo 2.

⁶¹² CIDH, Informe de fondo 119/99, caso 11.428, Perú, de 6 de octubre de 1999. También puede consultarse la reproducción de este informe en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, tercera época, vol. 1, núm. 2, 2008, pp. 429-458 (sección Documental).

⁶¹³ En el caso analizado es visible el plazo tan corto entre la solicitud de audiencia ante la Comisión Interamericana y la demanda formal: sólo dos días; la declaración de admisibilidad, doce días después. También en un caso similar, el de *Jorge Castañeda Gutman contra los Estados Unidos Mexicanos* (Caso 12.535), la CIDH de igual manera instruyó el expediente en un plazo «*record*», según advierte CARMONA TINOCO, Jorge U., “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, p. 779; asunto que, por otro lado, llegó a la instancia de la Corte Interamericana, como veremos más adelante.

alegadas, que los candidatos en cuestión concurren a las elecciones. En efecto, la CIDH utiliza las medidas cautelares como mecanismo preventivo para tratar de salvaguardar los derechos del demandante, con las que indica a las autoridades electorales respectivas que procedan a la inscripción provisional de los candidatos, “a fin de no frustrar definitivamente los derechos de la reclamante”.⁶¹⁴

La señora Susana Higuchi Miyagawa, esposa del expresidente Alberto Fujimori (1990-2000), encabezó la lista de candidatos al Congreso de la República de la Agrupación Independiente “Armonía Frempol”. La Ley Orgánica de Elecciones exigía que cuando se ha verificado la lista por la autoridad competente (Jurado Nacional de Elecciones) sea publicada durante tres días en el diario oficial “El Peruano”, requisito que fue cumplido en este caso. Sin embargo, después de difundida la lista, la misma autoridad resolvió declarar improcedente la inscripción por defectos encontrados en el mecanografiado de la lista de candidatos. Habrá que advertir que la mencionada ley electoral no autorizaba a la autoridad electoral para modificar su primer fallo⁶¹⁵ y, además, este se había hecho público en el diario oficial.⁶¹⁶ El Jurado Nacional de Elecciones al ser la máxima autoridad electoral y sus decisiones no ser susceptibles de revisión o control ulterior alguno, la actora quedó «inhabilitada» para recurrir la decisión que le impedía participar en las elecciones de 1995.

Por otro lado, el trasfondo del caso evidencia la falta de garantías judiciales conforme con los estándares interamericanos para la protección del derecho de sufragio pasivo, a pesar de la existencia de órganos especializados en el nivel nacional. En este sentido, la Comisión Interamericana señaló que “Independientemente de la modalidad

⁶¹⁴ CIDH, Informe de fondo 119/99, caso 11.428, Perú, de 6 de octubre de 1999, párr. 10.

⁶¹⁵ *Ibíd.*, párr. 43. El artículo 13 de la Ley Orgánica de Elecciones establecía lo siguiente: “El Jurado Nacional de Elecciones es la autoridad suprema en materia Electoral. Contra sus decisiones no procede recurso alguno. No podrá el mismo Jurado reconsiderar, revisar o modificar sus fallos”.

⁶¹⁶ Ya la CIDH, en el **Caso Partido Socialdemócrata de México**, se había pronunciado sobre la publicidad de las resoluciones electorales: “[...] el sentido de la comunicación personal está diseñado, precisamente, para permitir al afectado por una resolución o acto administrativo, la impugnación de la decisión; a la vez que su publicación busca informar al público en general del resultado de un asunto sometido a su consideración. Esto último obedece al carácter de derecho público que reviste el derecho procesal electoral, ya que en su esencia misma está involucrado el interés general, y por razones de seguridad jurídica, las decisiones de los órganos electorales deben ser del conocimiento de la ciudadanía, a través de su publicación, por el medio que la ley estime pertinente”, CIDH, Informe 27/92 caso 10.957 México, de 28 de septiembre de 1992, párr. 12. En este caso la queja fue presentada por el señor Luis Sánchez Aguilar, presidente del PSD, ante la negativa de la autoridad electoral competente del registro condicional como partido político para participar en las elecciones de 1991, así como el rechazo del recurso de apelación interpuesto contra la decisión en cuestión. Ante las pruebas presentadas por el Estado demandado de la presentación del recurso por parte del peticionario fuera del plazo establecido por la normativa mexicana, la Comisión Interamericana estimó que no procedía considerar el contenido del recurso en cuestión y, por tanto, declaró inadmisibles las quejas.

de administración electoral que decida adoptar un Estado, debe garantizar que las decisiones que aquélla adopte y que puedan violar los derechos políticos consagrados en la Convención, sean objeto de un recurso efectivo ante jueces o tribunales (artículo 25 de la Convención), *o al menos, de un recurso efectivo ante la propia autoridad electoral*”.⁶¹⁷

En resumen, este cuestionamiento ante la falta de un recurso efectivo en el ordenamiento jurídico peruano que garantizara el ejercicio del derecho de sufragio pasivo frente a las decisiones de los órganos electorales repercute en última instancia en el acceso de los ciudadanos a los cargos de elección popular.

G. Los senadores que no son elegidos por voto popular

Para una mejor ubicación de los hechos que dieron lugar al **Caso Aylwin Azócar y otros**,⁶¹⁸ creo pertinente hacer unos breves comentarios previos, sobre el contexto, antes de entrar en su análisis. A finales de la década de los ochenta el régimen militar encabezado por el general Augusto Pinochet llega a su fin (iniciándose en 1973). El primer proceso electoral en un régimen democrático tiene lugar en diciembre de 1989. Sin embargo, materialmente la influencia de Pinochet seguía presente a través de una serie de diseños constitucionales, legales e institucionales que colisionaban directamente con los principios y prácticas de la democracia. Algunos de los diseños cuestionados fueron los institutos de los «senadores designados» y los «senadores vitalicios», introducidos en la Constitución chilena de 1980, por lo que la vigencia de dichas figuras tomó una presencia relevante en el espacio público para erradicar del todo la influencia del dictador en la vida nacional.

El artículo 45 de dicha Constitución establecía tres tipos de mecanismos en la elección de senadores: (1) aquellos que eran elegidos por votación directa; (2) los que se desempeñaron como altos funcionarios en gobiernos anteriores y que eran designados

⁶¹⁷ Ibídem, párr. 56, cursivas no del original.

⁶¹⁸ CIDH, Informe de fondo 137/99, caso 11.863 Chile, de 27 de diciembre de 1999. También puede consultarse la reproducción de dicho informe en *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, año 6, núm. 1, 2000 (sección Jurisprudencia internacional), pp. 585-650. La relevancia de este caso para el acervo de la CIDH es destacada por CANTON, Santiago A., op. cit., p. 97, quien observa: “[u]no de los casos que más desarrollo jurisprudencial ha tenido la Comisión es el caso en contra de Chile, publicado en diciembre de 1999, presentado por la figura de senadores vitalicios y senadores designados”.

por distintas instituciones o corporaciones del poder público (la Corte Suprema, el Consejo de Seguridad Nacional, o el Presidente de la República); y, (3) el cargo de senadores con carácter vitalicio, para “los ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años en forma continua... Estos senadores lo serán por derecho propio y con carácter vitalicio”. Efectivamente, son estos dos últimos mecanismos los que serán tachados de violentar los derechos de sufragio, participación política, igualdad política y no discriminación, tanto de los demandantes en particular como de los ciudadanos chilenos en general.⁶¹⁹

Curiosamente, a diferencia de lo ocurrido en otros casos, aquí el argumento de derecho comparado –y que, por ejemplo, en el **Caso Ríos Montt** fue definitivo para que la CIDH estimara una inelegibilidad permanente del derecho a ser elegido compatible con la CADH debido a que respondía a las condiciones particulares de la realidad nacional– no se hará presente en las consideraciones de la CIDH, no obstante que el Estado demandado había manifestado la similitud del sistema de elección del Senado chileno con el de otros países democráticos europeos y de la región, los cuales también regulaban las figuras de los senadores designados y senadores vitalicios. Por ejemplo, en la integración del Senado italiano se sigue conservando cierto número de curules a los llamados senadores vitalicios (*senatori vitalizi* o *senatori a vitta*),⁶²⁰ y que cabe decir es una figura de rango constitucional, dispuesta por el artículo 59 de la Constitución italiana,⁶²¹ por lo que evidentemente se requiere de una reforma constitucional para modificar su régimen esencial o eliminarlos definitivamente.⁶²²

⁶¹⁹ Un análisis amplio que sustenta la incompatibilidad del artículo 45 constitucional con la Convención Americana, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los senadores designados y los derechos políticos de los ciudadanos chilenos ante la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, año 5, núm. 2, 1999, pp. 215-268.

⁶²⁰ Sobre el particular, véase TALAMI, Maria G., *I senatori vitalizi*, Milán, Giuffrè, 1986 y uno de los trabajos principales que sigue esta autora, DI CIOLO, Vittorio, “I senatori a vita nella Costituzione italiana (la verifica del poteri)”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, enero-marzo de 1968, pp. 551-639.

⁶²¹ Dicho dispositivo prescribe que “Será senador nato y vitalicio, salvo renuncia, quien haya sido Presidente de la República. Podrá el Presidente de la república nombrar senadores vitalicios a cinco ciudadanos que hayan enaltecido a la Patria por sus méritos extraordinarios en el ámbito social, científico, artístico y literario”. Versión castellana de RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano (eds.), op. cit., p. 350. Otra propuesta es la de GÓMEZ ORFANEL, Germán (ed.), *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 430 y s. (“Quien haya sido Presidente de la República será senador de derecho y con carácter vitalicio, salvo que renuncie. El Presidente de la República puede nombrar senadores vitalicios a cinco ciudadanos que hayan prestigiado a la Patria con sus altísimos méritos en el campo social, científico, artístico o literario”).

Según la redacción del citado artículo, pueden distinguirse dos supuestos distintos de senadores vitalicios, aquellos que lo serían automáticamente (orden expresa de la Constitución), por el hecho de haberse

La demanda presentada por el señor Andrés Aylwin Azócar y otros once demandantes básicamente argumentará que las referidas figuras quedan al margen del sufragio universal y, por tanto, violan el derecho y la oportunidad del resto de los ciudadanos chilenos para acceder en condiciones de igualdad a uno de los principales cargos públicos de elección popular, conforme con la protección otorgada por la CADH.

La CIDH hará un análisis diferenciado de las figuras cuestionadas. En primer lugar, toma en cuenta la legitimidad de la introducción de la figura de los senadores vitalicios en el constitucionalismo chileno, estimando que “fue impuesta por un régimen *de facto*, lo que implicó una especie de autodesignación del entonces Jefe de Estado de Chile, General Augusto Pinochet.”⁶²³ Una redacción constitucional que se advierte confeccionada a la medida, pues el posterior presidente electo de forma democrática Patricio Aylwin (y los que vendrían después), quedaba fuera de la norma constitucional, en tanto no cumplía con el requisito de ejercicio del cargo durante 6 años continuos.⁶²⁴

Por otra parte, la CIDH deja en claro que la legitimidad de la norma constitucional no podía considerarse sustentada por la aprobación de la mayoría del pueblo chileno en el plebiscito de la Constitución de 1980, plebiscito que conforme con su anterior *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile* –publicado en 1985– fue calificado como carente de credibilidad y falta de garantías electorales, como la proscripción y disolución de partidos políticos. En este sentido, la CIDH señala que “las mayorías no pueden disminuir o eliminar un derecho tan fundamental como es la posibilidad de elegir efectivamente a sus representantes al poder legislativo. Las mayorías tienen un límite sobre los derechos de las minorías salvaguardados por los derechos humanos. Si así ocurriera, las mayorías pondrían en grave riesgo los derechos de las minorías, en abierto desafío al Estado democrático de derecho”.⁶²⁵

desempeñado previamente en el cargo de Presidente de la República, y aquellos que son designados, precisamente por el Presidente de la República en funciones. Talami se refiere al primero de los supuestos como «senatori di diritto», y al segundo como «senatori di nomina presidenziale», TALAMI, Maria G., op. cit. pp. 11 y 43, respectivamente.

⁶²² Situación que en los últimos tiempos se debate en Italia, PATERNITI, Francesco, “Senatori a vita: i progetti di riforma presentati in Parlamento e la necessità di rivedere l’istituto”, *Rassegna Parlamentare*, vol. XLIX, núm. 4, octubre-diciembre de 2007, pp. 959-964.

⁶²³ CIDH, Informe de fondo 137/99, caso 11.863 Chile, de 27 de diciembre de 1999, párr. 65.

⁶²⁴ La Constitución chilena en su artículo 25 dispone que el mandato presidencial tiene una duración de cuatro años, sin posibilidad de ser elegido para el período siguiente.

⁶²⁵ CIDH, Informe de fondo 137/99, caso 11.863 Chile, de 27 de diciembre de 1999, párr. 66.

Ahora bien, respecto de los senadores designados,⁶²⁶ la CIDH entenderá, basándose principalmente en las razones aportadas por los demandantes, que son un «enclave autoritario» y un «vestigio autocrático». Uno de esos razonamientos fue que los senadores designados, en términos porcentuales, representaban en aquellos momentos casi el 21 por 100 de la composición del Senado, lo que en términos prácticos era un reducto que bloqueaba continuamente una serie de reformas tendentes a eliminar instituciones que surgieron y funcionaron durante la dictadura militar (derogación de las leyes de amnistía y modificación del sistema de censura cinematográfica).⁶²⁷ Al no tener el pueblo chileno en conjunto, y los demandantes en particular, “la posibilidad de elegir un número importante de sus representantes al Senado chileno”, la Comisión Interamericana concluye que el sistema de designación de senadores contemplado en la Constitución “afecta el núcleo esencial de la democracia representativa”.⁶²⁸ Además, agrega la CIDH, de continuar vigente dicho sistema implicaría que “los senadores designados usurpan una porción muy significativa de la soberanía popular y ponen en peligro la plena vigencia de los derechos políticos de los ciudadanos chilenos, incluidos los identificados como víctimas en el presente caso”.⁶²⁹

Cabe mencionar que Robert K. Goldman, presidente de la CIDH en ese momento, basándose en algunos precedentes y la herramienta del margen de apreciación nacional del sistema europeo, expresa que el caso debió ser analizado “con especial deferencia” en favor del Estado chileno.⁶³⁰ Para Goldman no era suficiente analizar el origen ilegítimo en que fue introducida la norma en el texto constitucional, “que a parte de su origen y de los procesos emprendidos ya sea para legitimarlo o deslegitimarlo, el arreglo previsto en la Constitución chilena es comparable a aquél que rige en varios sistemas democráticos de este Hemisferio y otras regiones del mundo y, como éstos, es el resultado de factores históricos, sociales o políticos”.⁶³¹ Por lo que estima que “la

⁶²⁶ Esta institución, según Nogueira Alcalá, encuentra fundamento en un régimen autoritario militar que le “dio forma dentro de una concepción de democracia autoritaria, con abierta desconfianza en la decisión popular y en los partidos políticos y donde un Senado no integralmente elegido actuaría como moderador de la Cámara de Diputados integralmente elegida por la ciudadanía. A su vez, los senadores designados contribuirían a mantener una cierta tutela extra o heterodemocrática en el Senado dificultando la conformación de mayorías que pudieran alterar las bases del sistema de democracia vigilada originalmente establecida”, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los senadores designados y los derechos políticos de los ciudadanos chilenos...”, op. cit., pp. 247-248.

⁶²⁷ Cfr. CIDH, Informe de fondo 137/99, caso 11.863 Chile, de 27 de diciembre de 1999, párrs. 67 al 70.

⁶²⁸ *Ibidem*, párr. 71.

⁶²⁹ *Ibidem*, párr. 77.

⁶³⁰ Cfr. *Voto disidente* del comisionado Robert K. Goldman, párrs. 4 y 5.

⁶³¹ *Ibidem*, párr. 7.

asignación del 20 por ciento de los escaños de la cámara alta conforme a criterios preestablecidos en el Artículo 45 de la Constitución chilena no puede considerarse como manifiestamente arbitraria dado que no parece vaciar de contenido o quitar efectividad al principio de representación efectiva”.⁶³²

Punto relevante también abordado en este caso son las consideraciones que hace la Comisión Interamericana de la segunda parte del artículo 23 CADH, ya que aquí se encuentran las restricciones razonables en la regulación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo (y en general del conjunto de los derechos políticos) asentando lo siguiente:

“la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal. Se trata, en consecuencia, de limitaciones *numerus clausus*, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento”.⁶³³

Posición que, aunque parezca lo contrario, es un criterio de principio –que deberá ser matizado según la casuística–, flexible, ya que como vimos en otro caso anterior⁶³⁴ pueden ser compatibles otras causas fuera de esas limitaciones *numerus clausus*, sin ser contrarias a la Convención Americana. Es decir, definitivamente no es una lista cerrada.

⁶³² Ibídem, párr. 10.

⁶³³ CIDH, Informe de fondo 137/99, caso 11.863 Chile, de 27 de diciembre de 1999, párr. 101. En la doctrina, Albanese había interpretado en términos similares el contenido de dicha disposición: “La segunda parte del art. 23 de la Convención Americana, fija taxativamente las limitaciones legales al derecho de acceso a la función pública. Estas disposiciones comprometen la futura voluntad legislativa en un solo sentido, prohibiendo la ampliación de las restricciones destacadas en el pacto”, ALBANESE, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, prólogo de Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, La Rocca, 1992, en específico el capítulo “Los derechos políticos en el contexto de los pactos internacionales”, p. 89. También Davidson interpreta en términos similares el contenido del apartado 2 del artículo 23 (“The list of potential restrictions in Article 23(2) is exclusive, that is, there are no other grounds upon which the rights in Article 23(1) may be limited”), sin embargo, cuando analiza algunas de las decisiones de la CIDH percibe que la casuística debilita esa exclusividad, DAVIDSON, Scott, op. cit., pp. 281 y ss.

⁶³⁴ Véase *supra* el epígrafe D de este apartado, el **Caso Ríos Montt**, CIDH, Informe 30/93, Caso 10.804 Guatemala, de 12 de octubre de 1993.

H. Cuotas electorales femeninas

El avance teórico que se esbozó previamente (Capítulo II) sobre la situación de desventaja social de la mujer en el acceso al poder político y que la brecha material existente con respecto al hombre viene reduciéndose a través de las cuotas electorales, tiene resonancia en dos casos específicos que llegaron a la competencia de la Comisión Interamericana. Advirtiéndose en ellos que con frecuencia el problema fundamental para el correcto funcionamiento de dichas medidas es la interpretación y aplicación que hagan las autoridades estatales, así como los operadores jurídicos y políticos, de sus reglas. Es decir, se comprueba algo que la Comisión Interamericana ya vislumbraba⁶³⁵ y que tendrá oportunidad de profundizar posteriormente,⁶³⁶ que no basta la existencia formal de las cuotas electorales en la normativa sino que el verdadero reto es hacerlas respetar en la práctica.

El primero, el **Caso Merciadri de Morini**,⁶³⁷ es un ejemplo claro de la recepción activa y pacífica⁶³⁸ por parte de algunos Estados parte de las decisiones de la Comisión Interamericana, al grado de efectuar modificaciones a sus normas internas como consecuencia de las demandas de vulneraciones a los derechos protegidos en la CADH.

La señora María Merciadri de Morini, afiliada al partido Unión Cívica Radical, entendió vulnerados los derechos de sufragio de las mujeres al confeccionar los dirigentes de su partido de forma contraria a la *Ley de Cupo Femenino*, de 6 de noviembre de 1991,⁶³⁹ la lista de seis candidatos a diputados nacionales por la Provincia de Córdoba para la elección del 3 de octubre de 2001, colocando a las candidatas

⁶³⁵ CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa...”, op. cit.

⁶³⁶ CIDH, *El camino hacia una democracia sustantiva...*, op. cit.

⁶³⁷ CIDH, Informe 103/01, caso 11.307, Argentina, 11 de octubre de 2001. Véase la revisión de este caso desde el enfoque de la igualdad en VILLANUEVA FLORES, Rocío, *El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, pp. 25 y ss.

⁶³⁸ Tomando en cuenta que este caso concluyó con una «solución amistosa», entiendo por *recepción pacífica*, en este punto específico, aquella que tiene su origen en resoluciones adoptadas de común acuerdo, una justicia negociada, en contraposición a una actitud conflictual que pueden adoptar los Estados demandados y donde, por consiguiente, no existiría una aceptación o declaración expresa de conformidad frente a las pretensiones del quejoso y, en cierto sentido, de la Comisión Interamericana. Sobre el instituto de la solución amistosa en el sistema interamericano, véase la nota 556.

⁶³⁹ Vale recordar que esta es la primera ley que introduce en el continente las cuotas electorales, bastante tiempo antes, por ejemplo, que la ley española sobre la materia de 2007 (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres).

mujeres en el cuarto y sexto puesto de la lista cuando debían de colocarse por lo menos a dos mujeres dentro de los cinco primeros puestos (que eran los que efectivamente se iban a renovar), lo que también vulneraba –según la demandante– el derecho constitucional “de votar por las listas de candidatos que estén integradas por mujeres”.⁶⁴⁰

Las partes llegaron a un acuerdo de solución amistosa que culminó con un nuevo decreto reglamentario de la *Ley de Cupo Femenino*, el Decreto Presidencial N° 1246 dictado por el entonces presidente Fernando de la Rúa, manifestando dentro de los considerandos: “Que debe tenerse en cuenta que uno de los criterios más divergentes corresponde a la ubicación de las candidatas mujeres en las listas, lo que ha motivado en muchos casos que éstas estén conformadas por varones en los lugares expectables, contrariando lo dispuesto por la referida Ley N° 24.012, que claramente indica que las mujeres deben ocupar como mínimo el TREINTA POR CIENTO (30%) de la lista en lugares con posibilidad de resultar electas”.⁶⁴¹

Ahora bien, habrá que advertir que durante la fase de admisibilidad⁶⁴² en Argentina se efectuó una importante reforma constitucional, y en lo relativo al caso en cuestión, se introdujo en el artículo 37 lo siguiente: “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de partidos políticos y en el régimen electoral”.⁶⁴³ Asimismo, el Estado demandado manifestó que en el ámbito interno la Cámara Nacional de Elecciones había dictado sentencia favorable para la actora, dando respuesta efectiva a sus pretensiones, en los siguientes términos: “revocar la sentencia apelada, reconocer legitimación a la accionante y hacer saber a la Unión Cívica Radical –distrito Córdoba– que en la lista de candidatos a diputados nacionales que presente a la

⁶⁴⁰ CIDH, Informe 103/01, caso 11.307, Argentina, 11 de octubre de 2001, párr. 8. Resulta interesante el breve comentario de Albanese sobre la compatibilidad del borrador aprobado de la *Ley de Cupo Femenino* con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el PIDCP, en tanto normas incorporadas en el derecho argentino, que contrasta con lo sucedido en este caso, poniéndose de relieve el problema de la utilización de las leyes en el plano político, ALBANESE, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, op cit., pp. 84-85.

⁶⁴¹ Decreto Nacional 1.246/2000, Reglamentario de la Ley Nacional 24.012 de Cupo Femenino, publicado en el *Boletín Oficial de la República Argentina* el 4 de enero de 2001, p. 17, <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>.

⁶⁴² CIDH, Informe 102/99 [admisibilidad], caso 11.307, Argentina, 27 de septiembre de 1999.

⁶⁴³ *Ibidem*, párr. 19.

Justicia Nacional Electoral a los efectos del art. 60, 1er. párrafo, del Código Electoral Nacional, deberán figurar dos mujeres entre los cinco primeros lugares”.⁶⁴⁴

El segundo caso relativo a controversias en la aplicación de cuotas electorales es el **Caso Espinoza Feria y otras**.⁶⁴⁵ A diferencia de los demás informes estudiados hasta el momento, este caso tiene la característica de que la CIDH se centra en la revisión pormenorizada del cumplimiento de los requisitos formales de admisión, rehuendo – sin saberse con claridad el motivo– la utilización de las resoluciones previas sobre el derecho de sufragio pasivo para fundamentar su decisión. En este sentido, no hay dato alguno que nos indique continuidad o variación en los criterios de la CIDH analizados hasta el momento. Sin embargo, puede decirse que el presente caso tiene alguna relevancia para describir la situación de las candidaturas de las mujeres en la región con la incorporación de las cuotas de género en los sistemas electorales nacionales.

En diciembre de 2000, mediante la Ley 27387, se modificó el porcentaje de la cuota electoral de mujeres que debían ser incluidas en las listas electorales de candidatos al Congreso de la República del Perú, elevando el porcentaje mínimo de 25 por 100 a 30 por 100. Dicha modificación respondía, a decir de las quejas, a los cambios positivos que surgieron a partir de su aplicación en procesos electorales previos, como el crecimiento considerable a nivel nacional de la presencia de mujeres en el Congreso y en los gobiernos locales,⁶⁴⁶ además de que esa previsión legal debía considerarse como una acción afirmativa a favor del grupo de las mujeres ante “la verdad histórica de lo acontecido en ese país es que las listas al Congreso siempre han estado conformadas exclusiva o mayoritariamente por varones”.⁶⁴⁷

En estos términos, la autoridad electoral expidió una resolución (Jurado Nacional de Elecciones, Resolución N° 068-2001 de 22 de enero de 2001) con el objeto de reglamentar las listas electorales correspondientes a los distritos electorales. Sin embargo, en algunos distritos el porcentaje mínimo exigido por la ley no se cumplía: “dispuso para el Distrito de Ica, con derecho a elegir cuatro (4) congresistas; un mínimo de un (1) candidato varón o mujer por cada lista; en el Distrito de La Libertad, con

⁶⁴⁴ Véase *Fallo 1836/95* de la Cámara Nacional de Elecciones, Expediente 2488/05 CNE, <http://www.pjn.gov.ar/jurisprudencia2/consulta.php>; también CIDH, Informe 102/99 [admisibilidad], caso 11.307, Argentina, 27 de septiembre de 1999, párr. 16.

⁶⁴⁵ CIDH, Informe de admisibilidad 51/02, petición 12.404, Perú, 10 de octubre de 2002. También este caso es revisado por VILLANUEVA FLORES, Rocío, op. cit., pp. 30 y ss.

⁶⁴⁶ *Ibídem*, párrs. 11 y 12.

⁶⁴⁷ *Ibídem*, párr. 26.

derecho a elegir siete (7) congresistas, reglamentó un mínimo de dos (2) candidatos varón o mujer por cada lista; y en el Distrito de Callao, con derecho a elegir cuatro (4) congresistas, reglamentó un mínimo de un (1) candidato varón o mujer por cada lista”.⁶⁴⁸

Esto –en opinión de las quejas– era una “interpretación restrictiva”,⁶⁴⁹ además de que en términos materiales, en las elecciones del 8 de abril de 2001, “en los distritos electorales de Ica y Callao la cuota de mujeres quedó reducida a un 25% del total de candidatos de cada lista y en el distrito de La Libertad la cuota de mujeres quedó reducida al 28.5%”.⁶⁵⁰

Las consideraciones de los dos casos expuestos ponen de manifiesto que las afectaciones al derecho de sufragio pasivo de las mujeres tienen causa en interpretaciones desfavorables tanto de las dirigencias de los partidos políticos como de las autoridades electorales.

I. Residencia en distritos federales y limitación de derechos políticos

El último e interesante caso a revisión, el **Caso Statehood Solidarity Committee**,⁶⁵¹ involucra a los Estados Unidos, uno de los Estados parte de la OEA *extra* Convención Americana⁶⁵² y debido a su inmutable postura de no adherirse a ella resulta significativa la discusión de la situación particular en la que se encuentra cierto sector de los ciudadanos estadounidenses por su condición de residentes en el territorio asignado por la Constitución federal como sede de los poderes federales, en contraste con el resto de los ciudadanos en los demás Estados integrantes de la Unión americana, al ejercer de forma restringida los derechos de sufragio. En este sentido, en un sistema federal –como el de Estados Unidos– la residencia puede cumplir una doble función de exclusión en materia de derechos políticos, *ad extra* respecto de los extranjeros en todo

⁶⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 3 y 14.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, párr. 2.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, párr. 15.

⁶⁵¹ CIDH, Informe de fondo 98/03, petición 11.204, Estados Unidos, de 29 de diciembre de 2003.

⁶⁵² Por lo que los quejosos fundamentan la demanda en la Declaración Americana, en sus artículos II (derecho de igualdad ante la Ley) y XX (derecho de sufragio y de participación en el gobierno). En el caso del segundo de estos artículos, prescribe que “Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”.

el territorio nacional y *ad intra* respecto de los ciudadanos nacionales que residen en un espacio específico de ese territorio.⁶⁵³

A los residentes del Distrito de Columbia se les reconoce, según la Constitución y la legislación federal, el ejercicio pleno del derecho de voto en las elecciones presidenciales y también pueden elegir a un delegado en la Cámara de Representantes (aunque con facultades «limitadas» frente al resto de los miembros que la componen), pero donde se advierte restricción es en la elección de los miembros del Senado, ya que no pueden elegir Senadores propios ni tampoco pueden votar por ninguno de los candidatos al Senado, es decir, los residentes del Distrito de Columbia no tienen representación en la Cámara Alta.

Lo anterior está vinculado a razones históricas y políticas al establecerse el Distrito de Columbia como sede del gobierno federal estadounidense, carente de la calidad de un Estado de la Unión. Por lo que el Congreso de los Estados Unidos adquiere la autoridad legislativa absoluta en dicho territorio.

En estos términos, el motivo principal que guiará la discusión es el doble estándar existente en el territorio estadounidense en el alcance que tienen los derechos de sufragio según el lugar de residencia dentro de la geografía nacional, así, la situación específica de los residentes del Distrito de Columbia “contrasta con los residentes de los Estados de Estados Unidos, que cuentan con el derecho otorgado por la Constitución a elegir miembros del Senado y de la Cámara de Representantes”.⁶⁵⁴ En otras palabras, las preguntas básicas que surgen en este caso son las siguientes: ¿cuál es la razón para limitar el derecho de participación política de las personas que residen en la sede de los poderes federales?, ¿puede seguir teniendo vigencia esa limitación?, ¿cuál es el motivo para que no puedan tener una representación plena en los órganos legislativos de orden federal? y ¿por qué no podrían contar ahora, debido al desarrollo social, económico, cultural, etc., de la comunidad, con órganos legislativos locales que puedan resolver de forma oportuna sus necesidades?

En este contexto, el gobierno demandado adoptará una postura crítica de las actuaciones de la Comisión Interamericana, argumentando que este tipo de asuntos

⁶⁵³ A estos efectos, quizás puede ser ilustrativa la redacción del artículo 33.1 de la Constitución alemana (Ley Fundamental de Bonn), otro Estado con estructura federal, al establecer que “Todos los alemanes tendrán en cada Estado los mismos derechos y deberes cívicos”.

⁶⁵⁴ CIDH, Informe de fondo 98/03, petición 11.204, Estados Unidos, de 29 de diciembre de 2003, párr. 82.

“[...] compete debidamente a la discrecionalidad del pueblo de Estados Unidos” y donde “no existe fundamento para que la Comisión sustituya con su juicio el debate político y la toma de decisiones de los poderes federales del gobierno de Estados Unidos”.⁶⁵⁵ En este sentido, intentando contrarrestar el argumento, la CIDH manifestó que “reconoce el grado de deferencia que corresponde otorgar a los Estados en la organización de sus instituciones políticas para dar efecto al derecho al voto y a participar en el gobierno. La Comisión sólo debe interferir en los casos en que el Estado ha restringido la esencia y la eficacia misma del derecho de las personas a participar en su gobierno”.⁶⁵⁶

Conforme con estas coordenadas señaladas, los conceptos de *eficacia* y *esencia* serán determinantes en la evaluación que hace la CIDH de las vulneraciones de los derechos en cuestión. La eficacia se debe traducir aquí como «participación efectiva», por lo que la Comisión Interamericana arriba a la conclusión de “[...] que las restricciones del derecho de los peticionarios consagrado en el artículo XX a participar en su legislativo nacional ha sido limitado de tal manera que priva a los peticionarios de la esencia y eficacia mismas de ese derecho, sin adecuada justificación de parte del Estado para esa restricción”.⁶⁵⁷

Ahora bien, la decisión de la CIDH va acompañada del *Voto disidente* del comisionado Zalaquett, opinión que se sostiene en dos ideas principales, por un lado está la asimetría de la mayoría de los regímenes democráticos de la región, “fruto de complejas evoluciones históricas influidas por un conjunto de factores”⁶⁵⁸ y, por el otro, la de que la normativa interamericana no establece un modelo electoral determinado en el marco de la democracia representativa.⁶⁵⁹ En este sentido, cuestiona la decisión de la mayoría al enjuiciar la situación de los residentes del Distrito de Columbia desde la mirada actual y contemporánea de la teoría y la ética democrática, sin la debida atención a las razones históricas, a los acuerdos políticos y, en definitiva, a la organización estatal adoptada por el pueblo estadounidense. Asimismo, es crítico con la referencia comparada hecha en la resolución a otros ordenamientos federales de la región (Canadá, Argentina, Brasil, Venezuela y México), en tanto se efectúa de forma insuficiente, esto

⁶⁵⁵ *Ibidem*, párr. 113.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, párr. 101.

⁶⁵⁷ *Ídem*.

⁶⁵⁸ *Voto disidente* del comisionado José Zalaquett, párrs. 8 y 9.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, párr. 13.

es, “sin considerar el conjunto de la organización política de los Estados mencionados y cómo ellos han garantizado o garantizan los derechos políticos de sus ciudadanos”.⁶⁶⁰

Por otro lado, cabe destacar que Zalaquett apoya sus consideraciones en el *Voto disidente* de Goldman en el **Caso Aylwin Azócar y otros** –véase *supra*–, quien, entre otras cosas, había entendido un papel limitado de la CIDH en el escrutinio de ciertas decisiones reservadas a los Estados, como el mecanismo de representación política adoptado por estos, interviniendo únicamente cuando sea «manifiestamente arbitrario». En este sentido, el Estado debe gozar de «especial deferencia» en el análisis que realice la Comisión Interamericana de las violaciones alegadas en este tipo de materias. Es decir, Zalaquett adopta una posición de autocontención, como lo hiciera en su momento Goldman, y llega a la conclusión de “que el tipo de materias de que trata el presente caso puede y debe abordarse, de modo más provechoso y conducente, por la Comisión y por otros órganos de la organización de Estados Americanos, mediante el cumplimiento de sus deberes de promoción de los derechos humanos y de la democracia”.⁶⁶¹

Esta razonable posición del voto disidente, que estimo es la que prevalece en el sistema europeo⁶⁶² y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según podrá advertirse en el siguiente epígrafe,⁶⁶³ además de mostrar las dificultades de evaluar los requisitos electorales nacionales impuestos en el ejercicio de los derechos de participación política, pone de relieve el exceso en el que puede caer la CIDH al escrutar los diseños electorales particulares de cada Estado sin una debida claridad en la intensidad de control que debe aplicarse desde el ámbito internacional y la naturaleza de estos como derechos de configuración legal.⁶⁶⁴ En último término, hasta donde se sabe,

⁶⁶⁰ *Ibídem*, párr. 9.

⁶⁶¹ *Ibídem*, párr. 18.

⁶⁶² Véase, GARCÍA ROCA, Javier, “Del compromiso internacional de los Estados...”, *op. cit.* Sobre los distintos grados o escalas de control que debe caber en la revisión de las cuestiones electorales, incluidos los derechos democráticos, GARCÍA ROCA y DALLA VÍA, *op. cit.*, pp. 252 y ss. Teoría sobre la que se volverá más adelante.

⁶⁶³ De momento puede decirse que la Corte Interamericana, en el **Caso Castañeda Gutman**, sostuvo el criterio de que la Convención Americana no impone un sistema electoral particular. Y, por tanto, el margen de configuración es amplio en esta materia para los Estados parte, SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 149.

⁶⁶⁴ De manera sintética y general, véase REQUEJO PAGÉS, Juan L., “Derechos de configuración legal”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pp. 2385-2387 y DÍEZ-PICAZO, Luis M., *op. cit.*, epígrafe “Los derechos de configuración legal”, pp. 116-118. De forma específica, GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos...*, *op. cit.*, pp. 151 y ss. y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *El derecho de sufragio pasivo...*, p. 21.

la decisión de la Comisión Interamericana no tuvo aplicación alguna o impacto en el ordenamiento jurídico estadounidense.

3. A modo de síntesis

Del repertorio de casos hasta aquí revisados, se vuelve indispensable dar paso a algunas consideraciones que nos permitan concretar esta aproximación a las decisiones de la Comisión Interamericana que ha ido formando a lo largo de la revisión de múltiples controversias suscitadas en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La más evidente y general, pero no por ello la de menor entidad, es que los temas revisados por la Comisión Interamericana en materia de sufragio pasivo tienden a volverse más complejos, y esto es consecuencia directa de la evolución en el continente del sistema democrático, por lo que si en un inicio lo que mostraba el sistema interamericano de los derechos humanos era una preocupación constante por las condiciones elementales en las que se tenían que celebrar las elecciones, y posteriormente –en el estadio intermedio– se enfrentó a figuras sobrevivientes de los viejos regímenes dictatoriales que afectaban el normal ejercicio de los derechos democráticos, en el actual estadio el acento se encuentra en el igual acceso de los colectivos sociales que históricamente en la región se han visto excluidos o marginados de los cargos de elección popular y, en consecuencia, del poder político. En otras palabras, con la paulatina normalización de la democracia en la región, derrotadas las barreras u obstáculos legales en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo queda todavía por vencer las barreras u obstáculos sociales en el acceso a los cargos de elección popular. La discusión de la democracia sustancial en el fondo también se remite a la intensidad del sistema de restricciones que los ordenamientos jurídicos nacionales imponen al ejercicio de los derechos democráticos.

Respecto del contenido del artículo 23 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana, en términos generales, ha mantenido cierta constancia y coherencia en la interpretación que hace del derecho de sufragio pasivo y el papel que tienen los partidos políticos en el ejercicio de aquel por los ciudadanos, por lo que su postura –si puede caracterizarse de alguna forma– bien puede decirse que está más próxima a una visión tradicional de la democracia representativa y sus criterios tienden a ser medidos, aunque en ocasiones excesivos (como en los **Casos Statehood**

Solidarity Committee y Aylwin Azócar y otros), de no desbordar los contornos marcados por la Convención Americana, sin dejar de lado, por supuesto, los principios democrático y de igualdad y no discriminación que van modelando el sistema internacional de los derechos humanos. Por otra parte, el segundo apartado del artículo 23 es el que presenta un mayor grado de complejidad al momento de su interpretación (también lo será para la Corte Interamericana, como se verá más adelante), debido a que las experiencias constitucionales son más amplias y diversas de lo que en principio se establece en ese precepto. El criterio flexible o no taxativo que ha llegado a adoptar en alguna decisión, en mi concepto, es el correcto, pues como lo demuestra la casuística surgen o emergen situaciones concretas que darían sentido y legitimidad a restricciones que en principio estarían en contradicción con la CADH. En este sentido, puede afirmarse que este seguirá siendo el principal motivo de control para los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, ya que ahí se contienen los límites razonables para la restricción de algunos de los principales derechos que hacen posible el juego democrático, para usar la expresión de la Corte Interamericana.⁶⁶⁵

Ahora bien, la solución –que siempre puede ser discutible– de varios de estos casos en la instancia de la Comisión Interamericana, sin llegar al conocimiento de la Corte Interamericana, señala, por un lado, la necesidad de estudiar con mayor atención sus resoluciones en materia de derechos políticos, ya que la construcción de los criterios y la interpretación de estos derechos se hizo durante un largo período sin la orientación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y, por el otro, al ser con frecuencia una instancia final, su quehacer casuístico en esta materia se vuelve todavía más relevante. Esto contribuye a la tesis de que el mejoramiento del funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos pasa por fortalecer a la CIDH, por lo menos respecto de su función de tramitar y supervisar las quejas o demandas de violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana y la Declaración Americana.

Por último, se adelantará una reflexión que está relacionada con el análisis que se hará enseguida de la jurisprudencia interamericana en materia del derecho de sufragio pasivo, pero que resulta relevante para señalar una cuestión criticable en el fortalecimiento de la relación sustancial existente entre la CIDH y la Corte Interamericana. La evolución esbozada de los casos ante la CIDH bien puede decirse

⁶⁶⁵ SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 140.

que no ha tenido mayor repercusión en el pensamiento de la CorteIDH. Es decir, el tribunal interamericano no ha retomado la experiencia de la CIDH para construir su jurisprudencia, no ha incorporado o debatido el trabajo de la CIDH para resolver los casos que hasta el momento se le han presentado. En este sentido, no hay continuidad en la relación sustancial del tratamiento de los derechos entre los dos órganos de control del sistema interamericano de derechos humanos, produciéndose el irremediable distanciamiento de arriba hacia abajo (por supuesto, desde la perspectiva del proceso contencioso interamericano), que no de abajo hacia arriba, ya que la CIDH ha incorporado, a partir del primer caso resuelto por la Corte Interamericana en materia de derechos políticos, los criterios de este tribunal a sus resoluciones.

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005-2014)

1. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la tutela del derecho de sufragio pasivo*

Antes que profundizar en los antecedentes históricos y en los aspectos estructurales de la Corte Interamericana,⁶⁶⁶ la intención de este apartado previo al análisis detenido de la jurisprudencia interamericana en materia del derecho de sufragio pasivo quiere dirigir su atención hacia ciertos *aspectos sustanciales* de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana, como la cuestión del *cumplimiento de sus decisiones*, donde ha desarrollado una notable función de supervisión.

El tema del cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana resulta clave en la *eficacia*, en general, del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, en particular, de las medidas de reparación –cuando se hubieran dictado– contenidas en aquellos. En puridad, la Convención Americana no establece instrumento, mecanismo o procedimiento alguno que asegure el cumplimiento o efectiva ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana. A diferencia del Convenio Europeo, que

⁶⁶⁶ Algunos de estos ya fueron abordados en epígrafe del Capítulo previo, al cual remito (“Principio democrático”).

estableció de forma parca en el artículo 46.2 que “La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.⁶⁶⁷

Establece, eso sí, en su artículo 65 una fórmula de *presión política*,⁶⁶⁸ al señalarle a la CorteIDH que indique en el informe que somete anualmente a la consideración de la Asamblea General de la OEA “de manera especial y con las recomendaciones pertinentes” los casos de incumplimiento de sus fallos. Es decir, se abre la puerta para que el principal órgano político de la OEA pueda intervenir, aunque algún sector de la doctrina advierte inconvenientes, en el sentido de que “[...] no se ha previsto el tipo de medidas que podría adoptar la Asamblea General, ni tampoco se han indicado los mecanismos coercitivos que ella estaría en condiciones de utilizar para lograr el cumplimiento de la sentencia”.⁶⁶⁹

Independientemente de esta posibilidad expresa marcada en la Convención Americana, la Corte Interamericana ha ido construyendo, a través de una consistente práctica, la *facultad de supervisar* ella misma el cumplimiento de sus sentencias, derivando el fundamento jurídico de varias disposiciones de la Convención Americana.⁶⁷⁰ El propio tribunal, en el **Caso Baena Ricardo y otros (Competencia)**, señala que “[d]esde que emitió sus primeras sentencias de reparaciones en 1989, la Corte ha supervisado de forma ininterrumpida y constante el cumplimiento de todas las

⁶⁶⁷ Pese a que, como puede apreciarse a simple vista, no se fijan de manera expresa las medidas a tomar por el Comité de Ministros para que los Estados parte ejecuten las sentencias definitivas dictadas por el TEDH, la fórmula «velará por su ejecución» parece darle poderes suficientes para instar a los Estados parte. Función que, por otra parte, se ha visto intensificada a partir de 2010, con la entrada en vigor de la reforma del Protocolo núm. 14 al CEDH (que modificó el artículo 46, agregando tres nuevos apartados), cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010, en particular el epígrafe “Cumplimiento de las sentencias del TEDH y la subsidiariedad del sistema europeo”, pp. 507-510. De forma más amplia, entre otros, SICILIANOS, Lino-Alexander, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, en SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark E. (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and Implementation*, Baden-Baden, Nomos-Ashgate, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2014, pp. 285-315.

⁶⁶⁸ Fix-Zamudio se refiere a este supuesto como “un medio de presión moral para lograr el cumplimiento del fallo”, FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 204.

⁶⁶⁹ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit., p. 916. Aunque, por otra parte, el citado autor admite ciertos efectos disuasivos al dársele poder de intervención a la Asamblea General de la OEA, cfr. Ídem.

⁶⁷⁰ En particular, véase SCorteIDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Competencia), de 28 de noviembre de 2003, párr. 84; sentencia donde además de relacionar la competencia que tiene la Corte Interamericana para supervisar el cumplimiento de sus decisiones en los artículos 33, 62.1, 62.3, 65, 29.a CADH, artículo 30 Estatuto CorteIDH y artículo 31.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala que “[e]l cumplimiento de las sentencias está fuertemente ligado al derecho de acceso a la justicia, el cual se encuentra consagrado en los artículos 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana”, ibídem, párr. 74.

sentencias emitidas en los casos contenciosos a través del mencionado procedimiento escrito –inclusive en los casos en los que los Estados demandados reconocieron su responsabilidad internacional–, para lo cual ha emitido comunicaciones y resoluciones sobre el cumplimiento de sus sentencias en todos los casos, en aras de garantizar una aplicación íntegra y efectiva de sus decisiones”.⁶⁷¹ A su vez, esa práctica casuística se vio reforzada con la introducción de reglas específicas en el artículo 69 del Reglamento de la Corte Interamericana,⁶⁷² encargadas de regular en adelante el procedimiento que hasta entonces el tribunal había llevado a cabo según las necesidades particulares de cada caso.

Respecto de esta práctica, la doctrina se encuentra dividida. En el análisis de Burgorgue-Larsen el poder que tiene la Corte Interamericana para hacerse cargo de la supervisión del cumplimiento de sus resoluciones es un rasgo de «originalidad» de carácter positivo, “[l]a presión que ejerce supera con mucho la esfera jurídica y cobra visos políticos bienvenidos”.⁶⁷³ Carazo Ortiz, de opinión distinta, considera que este punto es un «déficit» y “[l]a debilidad principal del SIDH es la falta de un órgano supervisor de sentencias con poder sancionador”, basándose en la experiencia del sistema europeo donde –como se ha mencionado– el Comité de Ministros del Consejo de Europa es la entidad encargada de supervisar la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.⁶⁷⁴ Esta última postura, por un lado, reproduce –según García Ramírez– una falsa percepción de generalizado incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana⁶⁷⁵ y, por el otro, da por descontado que la opción elegida por el sistema del CEDH es un modelo eficaz por completo.

De forma previa, habría que decir que el desarrollo del control ejercido por el Comité de Ministros en esta materia se encuentra en *estrecha comunicación* con la

⁶⁷¹ *Ibídem*, párr. 107.

⁶⁷² Conforme con las reformas que acontecieron a principios de 2009 (que dio lugar a la introducción del entonces artículo 63), y la de finales de ese año (la última), que actualmente da forma a la versión vigente de dicho Reglamento, a partir del 1 de enero de 2010.

⁶⁷³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad”, en BOGDANDY, Armin von, LANDA ARROYO, César y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), op. cit., p. 302.

⁶⁷⁴ CARAZO ORTÍZ, Pía, “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, op. cit., pp. 271 y 285, respectivamente.

⁶⁷⁵ En opinión de García Ramírez, “Lo que realmente se observa es un progresivo cumplimiento, sembrado de obstáculos y demoras, que no han impedido, sin embargo, la observancia de los pronunciamientos de la Corte en puntos tan delicados como la reforma constitucional, la decadencia de sentencias con autoridad de cosa juzgada, la reapertura de procesos que parecieron concluidos, la derogación de leyes contraventoras de la Convención, etcétera”, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ZANGHÌ, Claudio, op. cit., p. 469.

evolución del contenido y los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo,⁶⁷⁶ es decir, si en un principio las sentencias del TEDH se entendían con carácter meramente comprobatorio o declarativo (de la violación) y en esencia indemnizatorias, donde el Comité de Ministros quizás encontraba una actividad menos exigente en tanto se ajustaba a la verificación del efectivo pago de las indemnizaciones en el plazo fijado por los respectivos Estados demandados, actualmente se advierte un Comité de Ministros asumiendo una función más activa, debido a la “[...] tendencia general a atribuir a las sentencias del Tribunal Europeo el efecto ulterior de imponer, a cargo de los Estados responsables, la adopción de medidas individuales, necesarias para eliminar las consecuencias de la violación, y de *medidas generales*, dirigidas a impedir que la violación pueda repetirse”.⁶⁷⁷ En otras palabras, el principio de *restitutio in integrum* adoptado por el Tribunal y que ha ampliado el contenido de sus sentencias, también tiene repercusión directa en el ejercicio de la competencia que tiene asignada el Comité de Ministros de vigilar el cumplimiento de aquellas.

Sin embargo, por otra parte, la función de supervisión que ejerce el Comité de Ministros siempre se ha visto con algún recelo, al ser un órgano político. Además, parece claro que la reforma del artículo 46 CEDH con el Protocolo núm. 14 se debía en cierta medida para dar respuesta a la falta de instrumentos efectivos de coacción al alcance del Comité de Ministros. Es decir, hasta el 2010, ante el abierto desinterés de cumplir o el incumplimiento expreso de los fallos del TEDH por parte de los Estados demandados, el Comité de Ministros se encontraba ante un callejón sin salida. En este sentido, no hay que olvidar que estamos ante jurisdicciones internacionales, por lo que “el cumplimiento de una sentencia depende en la mayoría de los casos de la voluntad del Estado parte afectado”.⁶⁷⁸

Con la nueva redacción del artículo 46 CEDH, según el mencionado Protocolo núm. 14 (que introdujo tres nuevos apartados), se abrieron vías de intercomunicación entre el Comité de Ministros y el TEDH para mejorar el procedimiento de ejecución de las sentencias, por ejemplo, en el supuesto de existir duda al interpretarse el contenido de la sentencia y esto dificulte el trabajo de supervisión del Comité de Ministros (art.

⁶⁷⁶ Sobre esta perspectiva, en general, véase ZANGHÌ, Claudio, “Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.), op. cit., pp. 199-228, y, en específico, sobre la función del Comité de Ministros en ese contexto, pp. 216-218.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 214, cursivas no del original.

⁶⁷⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “La protección de derechos y libertades en Europa...”, op. cit., 509.

46.3) o ante la situación de que algún Estado parte se niegue “a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte” (art. 46.4). En estos dos casos, la decisión del Comité de Ministros de remitir el asunto al TEDH debe ser aprobada por la mayoría de dos tercios de sus miembros. Al aclarar o resolver, según sea el caso, el Tribunal – conforme con el art. 46.5– devuelve el asunto al Comité de Ministros “para que examine las medidas que sea preciso adoptar”. En este marco convencional, el Comité de Ministros además se apoya en unas Reglas procedimentales para darle uniformidad a su función supervisora.⁶⁷⁹

En resumen, la tendencia mostrada por el sistema del Convenio Europeo es el de darle mayor participación al TEDH, un papel «complementario»,⁶⁸⁰ en la fase de supervisión del cumplimiento de sus sentencias, tratando de mantener las decisiones esenciales de ese procedimiento en el contexto judicial. Algo que en el sistema interamericano de inicio a fin queda en manos de la Corte Interamericana.

Con lo descrito hasta el momento, en el caso particular del cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana en materia del derecho de sufragio pasivo, únicamente en el **Caso Castañeda Gutman** se ha pronunciado con resolución que da por concluido el asunto, enviándose al archivo.⁶⁸¹ Mientras en el **Caso YATAMA** aún quedan pendientes de solventarse algunos extremos de los puntos resolutivos, donde la Corte Interamericana sigue manteniendo su función supervisora,⁶⁸² y el **Caso López Mendoza** se presenta particularmente conflictivo su cumplimiento.⁶⁸³

⁶⁷⁹ Se trata de las “Reglas del Comité de Ministros para la supervisión del cumplimiento de las sentencias y los acuerdos de las soluciones amistosas”, adoptadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 (en su 964ª Reunión) [*Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and the terms of the friendly settlements*].

⁶⁸⁰ SICILIANOS, Lino-Alexander, op. cit., p. 305.

⁶⁸¹ RCorteIDH de 28 de agosto de 2013, caso *Castañeda Gutman vs. México*, resolutive 1 y 5.

⁶⁸² RCorteIDH, supervisión de cumplimiento de sentencia, *YATAMA vs. Nicaragua*, de 22 de agosto de 2013, resolutive 3 y 4.

⁶⁸³ Sobre el particular, véanse AYALA CORAO, Carlos, *La «inejecución» de las sentencias internacionales...*, op. cit. y BREWER-CARÍAS, Allan R., “El ilegítimo «control de constitucionalidad» de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso *Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011*”, *AlbJC*, núm. 16, 2012, pp. 355-387; también publicado en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 2, 2012, pp. 575-608.

2. Organizaciones políticas de raíz indígena (Caso YATAMA)

El estudio del repertorio de los casos resueltos por la Comisión Interamericana nos mostró (en el apartado anterior), entre otras cosas, que este órgano había conocido – previamente a la incursión de la Corte Interamericana en la materia– de varias aristas de los derechos políticos, ocupándose en no pocas ocasiones del derecho de sufragio pasivo. Para la Corte Interamericana no será sino hasta el 2005, con el **Caso YATAMA**,⁶⁸⁴ que podrá preparar los cimientos de una jurisprudencia constante, aunque todavía en consolidación, sobre la base de un supuesto de modificaciones a la legislación electoral interna que endurecían las medidas para presentar candidatos electorales, afectando directamente a las *organizaciones políticas de raíz indígena*, en tanto hasta el momento de los cambios legislativos esas organizaciones participaban en determinados niveles de los procesos electorales sin mayores límites, y sin la necesidad de cambiar su estructura organizativa tradicional, que los requisitos mínimos exigidos para la organización y control por parte de las autoridades estatales de las elecciones. Sabedora de la importancia que este caso ofrecía para ocuparse de una materia de indudable trascendencia para el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana se muestra receptiva de las condiciones de marginalidad que presentan ciertos colectivos de la sociedad en el ejercicio de los derechos democráticos y va fijando una postura favorable a la apertura de los mecanismos tradicionales de participación política. Lo que determinó que el Estado demandado fuera condenado.

Además de la discusión central de la restricción del derecho de sufragio pasivo de los demandantes –de la cual me ocuparé con mayor detenimiento– el caso también involucró otro tipo de afectaciones, que son cuestiones fundamentales en las

⁶⁸⁴ SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005. La mayoría de los análisis generados, signo del interés y relevancia de la sentencia, principalmente se han enfocado –y muy probablemente lo hagan con sobrada razón– desde la vertiente de los derechos de los pueblos indígenas, pero es rubro que no abordaré por encontrarse fuera de la órbita de estudio de esta investigación. Véanse, entre otros, GONZÁLEZ VOLIO, Lorena, “Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el caso Yatama contra Nicaragua”, *Revista IIDH*, núm. 41, enero-junio de 2005, pp. 317-345, y CASTRILLÓN ORREGO, Juan D., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los *pueblos indígenas*”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), op. cit., pp. 143-204, en específico pp. 185-195. Es verdad que la problemática fundamental del asunto en cuestión se encuentra asociada a la intersección del uso y disfrute de los derechos políticos con los colectivos que no pueden ejercerlos de la misma forma – general– que las mayorías nacionales. Pero también es cierto, según entiendo y visto desde la óptica del tratamiento teórico del derecho de sufragio pasivo, que los criterios adelantados por la Corte Interamericana tienen efectos amplios para los subsiguientes casos y no solo para aquellos que involucren necesariamente a una comunidad, grupo o pueblo indígena.

obligaciones estatales de tutela efectiva de los derechos políticos: las garantías judiciales y la protección judicial. Asimismo, visto desde los derechos de los pueblos indígenas, no es un caso aislado sino la manifestación de un fenómeno continuado de reclamos por su respeto en las instancias internacionales de derechos humanos.⁶⁸⁵

Del conjunto de sentencias en la materia, *YATAMA* es la más extensa e importante que hasta la fecha ha resuelto la Corte Interamericana. Además, casi todos los jueces que intervinieron en la deliberación del asunto contribuyeron con sus respectivos votos particulares,⁶⁸⁶ advirtiéndose de esta manera la relevancia y significado para la doctrina jurisprudencial interamericana del sentido de la resolución adoptada por dicho tribunal. Para Cançado Trindade, la caracterización del **Caso YATAMA** desde el enfoque del derecho a la igualdad ante la ley (art. 24 CADH) es el tema trascendental, en tanto es la base que orientó la discusión de la Corte Interamericana, definiendo y moldeando la sentencia. En este sentido, según dicho juez, la interpretación del artículo 23 CADH estuvo correctamente vinculada con el principio de igualdad y no discriminación.⁶⁸⁷

De igual forma, cabe destacar que la sentencia en cuestión no solo es la primera que acomete la interpretación de los derechos consagrados en el artículo 23 CADH, sino también puede considerarse como el primer caso contencioso de la jurisprudencia interamericana donde se reconoce al principio de igualdad y no discriminación el carácter de *ius cogens*: “[...] el reconocimiento judicial del carácter de *jus cogens* del principio básico de la igualdad y no-discriminación se manifiesta hoy día en la jurisprudencia no sólo en materia consultiva, sino también –como lo atesta la presente Sentencia en el caso *Yatama*– en materia contenciosa, de esta Corte, rindiendo así un

⁶⁸⁵ Cfr. CASTRILLÓN ORREGO, Juan D., op. cit., p. 185, cursivas del original, quien señala: “[...] los pueblos indígenas de la Costa Norte nicaragüense han sido protagonistas de varios casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde la década de los ochenta y finales de los noventa”. Se refiere al fallo de la CorteIDH *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, y al conflicto suscitado entre el gobierno nicaragüense y los miskitos en la primera mitad de la década de los ochenta. Sobre este último particular, SEPÚLVEDA, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, un cuarto de siglo de evolución y empeños”, op. cit., pp. 578 y ss., quien detalla la participación de la CIDH para mediar en el conflicto y el uso –fallido– por primera vez del mecanismo de solución amistosa.

⁶⁸⁶ Con votos concurrentes, respectivamente, se manifestaron Sergio García Ramírez, Antônio A. Cançado Trindade y Diego García-Sayán; Oliver Jackman con voto separado concurrente; y el juez *ad hoc* Alejandro Montiel Argüello con voto disidente.

⁶⁸⁷ Cfr. *Voto concurrente* del juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 6.

aporte positivo y de vanguardia al desarrollo de las bases del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁶⁸⁸

En términos de correspondencia y ubicación del caso dentro del curso de la jurisprudencia interamericana, García Ramírez⁶⁸⁹ presenta el **Caso YATAMA** en el cruce de dos corrientes significativas que lo van a caracterizar e impulsar: la doctrina reivindicativa de los derechos de los miembros de comunidades, grupos o pueblos indígenas, siendo minorías vulnerables, como titulares de derechos con características particulares; y el principio de igualdad y no discriminación, aplicado en esta ocasión a la actividad política.

En la primera, según el citado autor, la jurisprudencia interamericana –hasta ese momento– habría transitado por tres conceptos sucesivos en la reflexión de los derechos de los pueblos indígenas, esto es, i) *eliminación*, ii) *exclusión* y iii) *marginación o contención*. La fase de eliminación tiene correspondencia con el **Caso de la Comunidad Moiwana** (eliminación física de sus miembros), la de exclusión se corresponde con el **Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa** (derechos de propiedad) y, por último, el último factor será abordado en el **Caso YATAMA**, afirmando: “[d]e lo que ahora se trata es de acciones u omisiones con las que se «contiene» el avance de los integrantes de comunidades, en su calidad de tales. Nos hallamos, pues, ante una situación distinta que acaso corresponde a una última etapa en la sucesión de resistencias a la admisión de la igualdad y la no discriminación en favor de todas las personas, inclusive, por supuesto, los miembros de estos grupos minoritarios”.⁶⁹⁰

Contra esa última resistencia, presente en el plano político, es que se pronuncia la sentencia en cuestión, concentrándose en las acciones y deberes positivos estatales para el sostenimiento de las oportunidades reales, iguales y efectivas, en el acceso a los cargos de elección popular. Una igualdad material, que es la razón que atraviesa transversalmente el voto particular del juez García Ramírez. Por ello, hará énfasis en la manera en que el poder público estatal puede dirigirse hacia la igualdad material en materia de derechos políticos:

⁶⁸⁸ Ibídem, párr. 9, cursivas del original.

⁶⁸⁹ Cfr. *Voto concurrente*, párr. 5, 15 y ss.

⁶⁹⁰ Ibídem, párr. 25.

“Se tiende a la obtención de aquella forma de igualdad [material] por medio de factores o elementos de compensación, igualación, desarrollo o protección que el Estado brinda a los integrantes de las comunidades, a través de un régimen jurídico que reconoce los datos provenientes de cierta formación cultural y se instala sobre el genuino reconocimiento de las limitaciones, discriminaciones o restricciones reales y contribuye a superarlas, suprimirlas o compensarlas con instrumentos adecuados, no apenas con declaraciones generales sobre una igualdad inexistente e impracticable”.⁶⁹¹

He considerado conveniente hacer uso de la descripción y conceptualización que propone García Ramírez en su voto concurrente para presentar de forma introductoria la discusión jurídica presente en el **Caso YATAMA** y porque en mi concepto este enfoque amplio permite poner el acento en la cuestión del acceso en condiciones de igualdad a los cargos de elección popular, que es precisamente una de las facetas de lo que garantiza el derecho a ser elegido.

Desde su primera participación en 1990 y hasta antes de la entrada en vigor de la Ley Electoral No. 331 de 2000, la organización indígena YATAMA no había encontrado mayores dificultades,⁶⁹² en términos legales, para participar en las contiendas electorales municipales y regionales postulando a sus candidatos, llegando a conseguir una significativa representación en los órganos municipales y regionales de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua (principalmente en la Región Autónoma del Atlántico Norte), siendo su espacio natural y cultural de pertenencia. Dicha Ley electoral del 2000 introdujo, en lo que interesa a este asunto, la previsión de que solo los partidos políticos serían, en adelante, los únicos facultados para presentar candidatos de elección popular, quitando entonces la posibilidad de que otro tipo de asociaciones u organizaciones pudieran hacerlo, entre ellas, por supuesto, se encontraba YATAMA. Con lo cual obligó a YATAMA a adoptar la forma de partido

⁶⁹¹ *Ibíd.*, párr. 27. Que como hemos visto en el capítulo previo (II), en lo que se refiere al principio de igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos, se realiza principalmente en el ámbito de la participación política de la mujer a través de las cuotas electorales, siendo el instrumento adecuado para la obtención de igualdad material entre hombres y mujeres en el acceso a los cargos de elección popular.

⁶⁹² A las elecciones regionales de 1990 y 1994, así como a las elecciones municipales de 1996 y 1998, YATAMA se había presentado según la figura jurídica de «asociación de suscripción popular», contemplada en las anteriores leyes electorales de 1990 y 1996. Conforme con los hechos probados por la Corte Interamericana, “[d]icha figura permitía la participación política de cualquier organización que reuniera un mínimo de 5% de ciudadanos incluidos en el padrón electoral de la respectiva circunscripción electoral, o inscritos en los Catálogos de Electores de la última elección. Las asociaciones de suscripción popular podían presentar candidatos para alcaldes, vicealcaldes y concejales municipales en todo el país y para miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica”, *SCorteIDH, YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005, párr. 124.18).

político, en la modalidad de «partido político regional», para continuar participando en los distintos procesos electorales. Sin embargo, la Corte Interamericana encuentra que también la nueva ley electoral “[...] exige el cumplimiento de requisitos que no contemplaba la ley anterior y que limitan en mayor medida la posibilidad de participar en las elecciones municipales”.⁶⁹³

Entre esos requisitos se encontraba el que de forma material diera origen a la resolución de la autoridad electoral nicaragüense (Consejo Supremo Electoral) de excluir la lista de candidatos que había presentado YATAMA para alcaldes, vicealcaldes y concejales en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000. Se trataba del requisito general exigido a los partidos políticos regionales de inscribir candidatos al menos en el ochenta por ciento de los municipios y al menos el ochenta por ciento del total de las candidaturas, con lo cual dicha regla no se compadecía con las características y condiciones particulares de las organizaciones regionales de raíz indígena, en tanto sus bases sociales se encontraban en determinados espacios geográficos y culturales. Y es aquí donde se complica la cuestión, ya que las regiones autónomas en que se divide administrativamente la Costa Atlántica (Región Autónoma del Atlántico Norte o RAAN y Región Autónoma del Atlántico Sur o RAAS), además de la cuestión de organización política territorial, principalmente presentan condiciones étnicas, culturales y lingüísticas distintas,⁶⁹⁴ por lo que al exigírsele a los partidos políticos regionales la presentación de candidatos en casi la totalidad de los municipios de toda la Costa Atlántica, implicó que YATAMA para afrontar dicha exigencia formara alianza con otro partido político regional para cubrir los candidatos en la Región Autónoma del Atlántico Sur.

En la RAAN, YATAMA no tuvo mayores problemas para presentar en tiempo la lista de candidatos, pero en la RAAS la situación de la alianza dificultó su presentación y, en último término, la autoridad electoral la tendrá como presentada fuera de plazo, excluyendo con ello la participación de YATAMA en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000.

⁶⁹³ *Ibidem*, párr. 209.

⁶⁹⁴ Por ejemplo, en la región de mayor impacto de YATAMA, la RAAN, “[...] se concentra el mayor número de población indígena de Nicaragua”, donde “aproximadamente el 45% de la población es miskitu [...]”. En cambio, en la RAAS “aproximadamente el 85,5% de la población es mestiza, el 10,3% creole, el 2,8% miskitu [...]”, *ibídem*, párrs. 124.4), 124.6) y 124.7), respectivamente.

Con este esbozo de presentación y la breve descripción de los hechos del caso, el siguiente objetivo es analizar las *pautas de interpretación*. Como ya se ha adelantado, el artículo 23 CADH tiene una estructura compleja en el sentido de reconocer un puñado de derechos de muy diverso desarrollo, aunque conectados entre sí, ya que todos ellos derivan hacia el empoderamiento político del ciudadano. Razón para definirlos genéricamente como derechos políticos. En este sentido, algunas de las pautas argumentativas y de interpretación dispuestas por la Corte Interamericana sobre dicho dispositivo pueden tener un carácter más *amplio* en tanto son aplicables para dos o más de los derechos reconocidos en él, por lo que no están especialmente dirigidas al derecho de sufragio pasivo. Por su parte, también pueden identificarse pautas con carácter *particular* cuando tienen aplicación específica para el derecho de sufragio pasivo, es decir, se encuentran referidas a su estructura normativa, posición en el sistema convencional, su sentido y fin, etcétera. Aunque tal distinción únicamente se enuncia con un sentido orientador y no de clasificación.

A. *Pautas de interpretación*

1) Según quedó de manifiesto en apartados *supra* de la investigación, probablemente sea reiterativo y por ello innecesario enunciar el papel fundamental que la democracia representa en todos los niveles del sistema interamericano, del cual la Convención Americana forma parte. Sin embargo, es en esta certeza donde encuentran resguardo muchas de las afirmaciones y consideraciones que hace la Corte Interamericana. En este sentido, una de las primeras pautas generales es la que subraya que *los derechos políticos fortalecen la democracia y propician el pluralismo político*.⁶⁹⁵

2) En este sentido, la cláusula «sociedad democrática» –presente en distintos lugares de la CADH⁶⁹⁶ y que ya había sido utilizada en resoluciones previas–⁶⁹⁷ tiene notable importancia en las consideraciones de la Corte Interamericana, ya que a partir

⁶⁹⁵ *Ibidem*, párr. 192.

⁶⁹⁶ Artículos 15, 16, 22.3 y 32.2 CADH. En los cuales se incluye dicha cláusula principalmente como límite general a las posibilidades de restricción del ejercicio de ciertos derechos: reunión y manifestación, asociación, y circulación y residencia.

⁶⁹⁷ Véase, por ejemplo, Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 13 de noviembre de 1985, párr. 42.

de ahí entiende los confines de los derechos políticos, su sentido y alcance.⁶⁹⁸ Es decir, *fuera de las sociedades democráticas los derechos políticos pierden su esencia*, ya que es precisamente en ellas donde deben ubicarse. Una pauta, por cierto, con clara correspondencia con la consolidada afirmación básica del TEDH de que la democracia es el lecho (*bedrock*) donde se asientan los derechos.⁶⁹⁹

3) El contenido del artículo 23 se encuentra sujeto a los *criterios de interpretación* que proporciona el artículo 29 de la misma Convención Americana.⁷⁰⁰ Además, en la interpretación del alcance y significado del artículo 23 resulta relevante la Carta Democrática Interamericana, donde se asienta la *opinio iuris* interamericana en materia democrática.⁷⁰¹

4) La pauta general de la *interrelación entre los derechos políticos* no está expresamente señalada, pero forma parte del funcionamiento del procedimiento democrático de elección de los representantes políticos, además puede fácilmente derivarse del hecho de que la sola presencia individual de cualquiera de los derechos políticos no sostendría por sí mismo todo el entramado democrático sino que se requiere de la confluencia e interacción de todos ellos, y también puede extrapolarse, a nivel normativo, de la estrecha vinculación del artículo 23 con otras disposiciones de la Convención Americana que protegen esos derechos necesarios para la democracia, como las libertades de expresión, reunión y manifestación, y asociación con fines políticos.

5) El apartado 2 del artículo 23 enuncia una serie de *restricciones legítimas* al ejercicio de los derechos políticos.⁷⁰² En principio, esas serían las exigencias que pide la Convención Americana sean respetadas y cumplidas, limitándose desde el derecho internacional de los derechos humanos la facultad de los Estado parte para restringir el derecho de sufragio pasivo. Conforme con el criterio adoptado por la Corte Interamericana en este asunto –manteniéndose en los siguientes casos– las restricciones

⁶⁹⁸ Cfr. SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005, párr. 191.

⁶⁹⁹ Véase, entre otras, STEDH, *Bowman vs. Reino Unido*, de 19 de febrero de 1998, párr. 42. Asimismo, cfr. GARCÍA ROCA, Javier, “Del compromiso internacional de los Estados...”, op. cit., p. 900 y GARCÍA ROCA y DALLA VÍA, op. cit., p. 229.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, párrs. 203-205.

⁷⁰¹ La naturaleza de la CDI y el vínculo existente con la CADH ya fue analizado *supra* (Capítulo II, epígrafe Principio democrático).

⁷⁰² SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005, párr. 206.

contempladas en dicha disposición de la Convención Americana son exclusivas (taxativas) y para su reglamentación se deben observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. Por lo que en esencia se viene a decir que los derechos políticos consagrados en la primera parte del artículo 23 *no son absolutos*.⁷⁰³ Debiéndose tener en cuenta, asimismo, las disposiciones generales sobre limitación de los derechos establecidas en los artículos 30 y 32.2 CADH.

Sobre el particular, cabe recordar que la posición de la Comisión Interamericana había variado conforme a la casuística de los casos que tuvo que conocer, mientras en alguna ocasión manifestaba que las razones establecidas en la segunda parte del artículo 23 para reglamentar el ejercicio de estos derechos era una lista cerrada (*numerus clausus*), en otra tuvo criterio distinto, concediendo que las variables del contexto histórico y las condiciones políticas y sociales de determinada comunidad justificaban la introducción de un supuesto de inelegibilidad que restringía de forma permanente el derecho de sufragio pasivo de determinadas personas que habían tenido vínculos con golpes militares.⁷⁰⁴

6) Conectado con el punto anterior, en las situaciones de cambios normativos que dan lugar a la introducción de nuevas restricciones que no existían en la anterior normativa, la consideración de la Corte Interamericana es que la restricción que sea introducida por el Estado deberá atender a *un propósito útil y oportuno* que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo.⁷⁰⁵ En específico, en el caso concreto se discutía el sentido más restrictivo de la Ley Electoral No. 331 de 2000 –en comparación con la inmediata anterior– y que tenía apenas nueve meses de vigencia cuando se aplicó en las elecciones donde se impidió la participación de los candidatos propuestos por YATAMA.

7) Los derechos contenidos en el artículo 23 y las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos *no se pueden suspender* en situaciones de

⁷⁰³ Sobre la sujeción de los derechos políticos a posibles limitaciones en su ejercicio, la Corte Interamericana cita la sentencia *Hirst vs. Reino Unido*, de 30 de marzo de 2004, del Tribunal Europeo (que en ese momento era la más reciente, ya que después la Gran Sala emitirá la resolución definitiva, el 6 de octubre de 2005), sin embargo, es desde el primer asunto que tuvo que resolver el Tribunal Europeo sobre la materia (*Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica*, de 2 de marzo de 1987) que reconoce que los derechos consagrados en el artículo 3 del Protocolo 1 no son absolutos. Véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en PASCUA MATEO, Fabio (dir.), op. cit., pp. 27 y 70, respectivamente.

⁷⁰⁴ **Caso Ríos Montt**, CIDH, Informe 30/93, Caso 10.804 Guatemala, de 12 de octubre de 1993.

⁷⁰⁵ SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005, párr. 218.

emergencia. Esta disposición contenida en el artículo 27 CADH le otorga *fuerza e importancia* a los derechos políticos en el entramado del régimen interamericano de derechos humanos.

Pauta que se encuentra conectada con una de las primeras consideraciones sobre el sistema democrático presente en el régimen de la Convención, que había efectuado la Corte Interamericana en función consultiva.⁷⁰⁶ Esto, además de que permite observar la valía de la jurisprudencia consultiva en la revisión y evaluación de los casos contenciosos, se muestra consecuente con la doctrina del propio Tribunal.

Por lo que esta premisa lógicamente lleva a hacer una primera distinción en el peso que tienen los derechos basándose en su inclusión dentro de la lista del mencionado artículo 27 CADH, esto es, derechos que son susceptibles de suspensión en determinadas situaciones de gravedad y aquellos otros que resisten cualquier intento para dejar de garantizarse.⁷⁰⁷

8) Resulta trascendental que la garantía del derecho de ser elegido sea efectiva en el nivel nacional, sin agotarse en el reconocimiento formal de este derecho, pero quizás lo más relevante de esto sea que los Estados parte al cumplir con esta obligación deban hacerlo “considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.⁷⁰⁸

En esto la Corte Interamericana vuelve a recurrir a su doctrina consultiva, donde en varias ocasiones había tenido oportunidad de ocuparse de la situación de grupos vulnerables de la sociedad, siendo esa experiencia la que influya en centrar la atención

⁷⁰⁶ Se trata de la Opinión consultiva OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986, párr. 34, donde la Corte Interamericana enfatiza: “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un «principio» reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. E[l] régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema”.

⁷⁰⁷ García Ramírez lo llama el “«núcleo duro» de derechos y libertades” de la CADH en situaciones de emergencia, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La «navegación americana» de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, op. cit., p. 497.

⁷⁰⁸ SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005, párr. 201.

en una realidad existente en el continente y de la cual no pueden desentenderse tanto las autoridades nacionales como los órganos interamericanos.⁷⁰⁹

En el caso en cuestión la Corte Interamericana señaló que las personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas “enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad”,⁷¹⁰ hecho que repercutirá en el momento de verificarse las formas en que se permitía o restringía la participación política de este sector de la población en la legislación electoral nicaragüense, que no podían estimarse en la misma medida a las de la mayoría de la población.

9) Una de las principales consecuencias de que el ejercicio de los derechos de elegir y ser elegido estén “íntimamente ligados entre sí”,⁷¹¹ es el reforzamiento de la gravedad con la que se consideran las violaciones a estos derechos. En principio, la Corte Interamericana las fija como “particularmente graves”.⁷¹² Al estar unidos, la afectación a la participación política se hace a sus dos dimensiones (individual-derecho a ser elegido y social-derecho a votar) y no solo a una de ellas. Así, en el caso comentado, subraya “que se afectó a los electores como consecuencia de la violación al derecho a ser elegidos de los candidatos de YATAMA”.⁷¹³

10) En términos generales, el artículo 23.1.b ampara el ejercicio del derecho a ser elegido en los distintos niveles de elecciones (municipales, regionales, nacionales e internacionales –al Parlamento Centroamericano, por ejemplo–). Si como sucede en el **Caso YATAMA**, que se trata de elecciones municipales, siendo el nivel con menor incidencia representativa desde la perspectiva territorial, resulta consecuente pensar que la inducción es correcta hacia los niveles superiores, que implicarían un mayor alcance y por tanto es allí, en los parlamentos nacionales, donde tradicionalmente se buscaría conectar los derechos de sufragio.⁷¹⁴ Con lo cual, queda invertida la ecuación al iniciar la serie jurisprudencial interamericana reconociéndose el amparo de la protección

⁷⁰⁹ Véase las Opiniones Consultivas OC-17/2002, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, de 28 de agosto de 2002 y OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003.

⁷¹⁰ SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005, párr. 202.

⁷¹¹ *Ibidem*, párr. 197.

⁷¹² *Ibidem*, párr. 226.

⁷¹³ *Ídem*.

⁷¹⁴ En el caso europeo, el TEDH ha interpretado que el Convenio Europeo no protege las elecciones locales (municipales), sino únicamente las regionales, nacionales y al Parlamento europeo. Aquí el razonamiento se invierte, pues comenzaron a analizar el artículo 3 P1 a partir de las elecciones en el nivel nacional. Véase STEDH, *Matthews vs. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999. Asimismo, GARCÍA ROCA, Javier, “Del compromiso internacional de los Estados...”, op. cit., pp. 908 y ss.

convencional a las elecciones municipales, dejando superada la cuestión de si solo las elecciones a nivel nacional tienen cabida en la Convención Americana.

11) Cuando se trata del derecho de postulación de los candidatos a cargos de elección popular, la Convención Americana, por un lado, no rechaza la opción de que los Estados parte puedan otorgar en exclusiva esa facultad a los partidos políticos y, por el otro, se muestra favorable a reconocer “otras formas” (organizaciones o agrupaciones con fines políticos, directamente por los ciudadanos) mientras “ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales”.⁷¹⁵

12) Respecto de la existencia de restricciones e interferencias en el ejercicio del derecho a ser elegido, se hace la indicación expresa de que los requisitos diseñados para partidos políticos, también deben poder cumplirse “por agrupaciones con diferente organización”,⁷¹⁶ de no ser así se iría en contra del artículo 23 CADH.

13) Con la interpretación expansiva que propone la Corte Interamericana de la participación política⁷¹⁷ quedará fijado primigeniamente el antecedente de que el artículo 23 puede amparar la protección de los mecanismos de democracia directa. En este sentido, la clave se encontraría en saber si los “mecanismos de participación directa” tienen el propósito de “influir en la formación de la política estatal”. Adicionalmente, el instrumento interamericano que sirve de soporte hermenéutico a la Corte Interamericana, esto es, la Carta Democrática, se muestra favorable al reconocer la compatibilidad de las prácticas de la democracia participativa con la democracia representativa.

14) La otra vereda andada por la Corte Interamericana en este caso es, en términos generales, la protección judicial en el ámbito electoral y las garantías del procedimiento electoral. Es decir, violaciones a los artículos 8.1 y 25.1 CADH, cada una de las cuales analiza por separado.

⁷¹⁵ SCorteIDH, *YATAMA vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005, párr. 215.

⁷¹⁶ *Ibíd.*, párr. 220.

⁷¹⁷ Sobre el particular, la Corte Interamericana señala que “La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”, *ibíd.*, párr. 196.

Por un lado, las decisiones que había emitido el Consejo Supremo Electoral negando el registro de los candidatos de YATAMA carecían de algunos de los elementos indispensables para considerarse como adecuadas a los estándares mínimos establecidos por la Convención Americana. Aquí la Corte Interamericana tiene mejores apoyos, pues justamente de las garantías judiciales que habla el artículo 8.1 CADH se había ocupado en anteriores sentencias, y será en esa doctrina jurisprudencial consolidada donde tendrán soporte sus consideraciones.

En primer lugar, debe tomarse en cuenta que sin importar la naturaleza de los órganos electorales, sus decisiones “pueden afectar el goce de los derechos políticos”.⁷¹⁸ Esta posible afectación en potencia, siendo derechos de notable peso e importancia, no puede menos que atenuarse con las debidas garantías del debido proceso. Junto a lo anterior, la Corte Interamericana señala que la instancia electoral se incluye en las “instancias procesales” que deben observar una serie de requisitos “a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.⁷¹⁹

Sobre el particular, una de las deficiencias centrales que había encontrado la Corte Interamericana en las decisiones emitidas por el Consejo Supremo Electoral, quien ejercía funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, era la falta de una debida fundamentación, “lo que implicaba señalar las normas en las que se fundamentaban los requisitos que estaba incumpliendo YATAMA, los hechos en que consistía el incumplimiento y las consecuencias de ello”.⁷²⁰ La otra deficiencia consistió en la falta de cumplimiento de una garantía prevista en la propia ley electoral interna, la exigencia de notificación a YATAMA de las resoluciones adoptadas por el Consejo Supremo Electoral, negándole con ello la oportunidad de subsanar la deficiencia existente.⁷²¹

Por el otro, respecto de la protección judicial efectiva (art. 25.1 CADH), se estaba ante el hecho de que la ley electoral no regulaba un medio para impugnar las decisiones definitivas de la autoridad electoral nicaragüense. En este sentido, la Corte Interamericana señala: “[i]ndependientemente de la regulación que cada Estado haga

⁷¹⁸ *Ibídem*, párr. 150.

⁷¹⁹ *Ibídem*, párr. 147.

⁷²⁰ *Ibídem*, párr. 153.

⁷²¹ *Cfr. Ibídem*, párrs. 161-162.

respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional”.⁷²²

B. Algunas reflexiones sobre la sentencia

Por mi parte, el estudio de la sentencia me lleva a formular brevemente algunas reflexiones.

Con lo dicho hasta aquí, es posible destacar la importancia del **Caso YATAMA** para el derecho de sufragio pasivo en la región. Por un lado, abre la discusión de los derechos políticos en el nivel de la Corte Interamericana, avanzando los primeros criterios de interpretación sobre el alcance y contenido del artículo 23 de la Convención Americana, conectando y haciendo más evidente la íntima relación existente entre el principio democrático, estructurador de todo el sistema regional, y los derechos humanos. Y lo hace de la mano de la situación de precariedad en el ejercicio pleno del derecho de sufragio pasivo de los pueblos indígenas, contexto que en cierta medida agrava su situación de vulnerabilidad en el seno de las sociedades mayoritarias. En este sentido, el otro lado relevante de esta sentencia, quizás el de mayor trascendencia, es el de recuperar las históricas demandas de los pueblos indígenas de tener una efectiva participación en la discusión de los asuntos públicos, en todos los niveles. Por ello, la sensibilidad mostrada por la Corte Interamericana hacia la inclusión real de los pueblos indígenas en la vida política de las sociedades americanas, sin condicionarlos a organizaciones políticas ajenas a su identidad cultural, es un paso significativo en la construcción de mejores condiciones de acceso e igualdad de oportunidades para todos aquellos sujetos elegibles a los cargos de elección popular, donde debe haber cabida para los colectivos históricamente marginados del circuito de la representación política. Por otro lado, esta sentencia también pone en contexto los obstáculos sociales y jurídicos que enfrentan los pueblos indígenas –en este caso los miskitos– y la falta de condiciones reales que hagan posible la presencia de asociaciones políticas de carácter indígena, no solo ante su comunidad de pertenencia sino ante todos los ciudadanos, en las contiendas electorales con la igualdad debida, provocando que su participación en la discusión de los asuntos públicos, en todos los niveles, sea escasa y mínima.

⁷²² *Ibidem*, párr. 175.

Aunado a lo anterior, el tema de la discriminación se presenta como la cubierta permanente que recubre el problema de la participación política de los pueblos indígenas. La discriminación hacia sus miembros es un fenómeno complejo con varias aristas y facetas, como lo sería el caso particular de las mujeres indígenas, quienes son mayormente susceptibles de una «discriminación múltiple».⁷²³ Siendo la discriminación racial o por raza la faceta que mayores efectos e impacto tiene en el nivel social y cultural, produciendo, en no pocas ocasiones, prejuicios negativos que afectan el goce y disfrute de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas.⁷²⁴

El concepto de vulnerabilidad con frecuencia es aplicado a los pueblos indígenas,⁷²⁵ esto es, se les incorpora en el esquema de los grupos vulnerables visibles de la sociedad que requieren de una protección especial y específica por parte del Derecho (discapacitados, menores de edad, migrantes, mujeres). Sin embargo, esto no parece del todo claro para los miembros –vulnerabilidad individual– de los pueblos indígenas –vulnerabilidad colectiva–, no tanto en lo que se refiere a la distinción obligatoria que debe hacer el Derecho de las necesidades y especificidades propias de los individuos indígenas, que por definición son diferentes a las de las sociedades mayoritarias con las que comparten espacio y tiempo, como sí de los elementos concretos que la doctrina va estableciendo para categorizar un colectivo específico como grupo vulnerable. Veamos algún ejemplo, para verificar estas diferencias.

El caso de los menores inmigrantes resulta particularmente útil para tales efectos. Este es un colectivo ubicado en una situación fáctica de especial vulnerabilidad o «vulnerabilidad agravada o múltiple», dada su doble condicionante de minoría de

⁷²³ REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *REDC*, núm. 84, septiembre-diciembre de 2008, p. 272.

⁷²⁴ Véase, en general, la SCorteIDH, *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile* (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de mayo de 2014, aunque de forma particular sobre la relación que puede establecerse entre los prejuicios negativos y estereotipos de origen étnico en la garantía de un tribunal imparcial, el *Voto conjunto disidente* de los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor a dicha sentencia. El voto cita el trabajo de GARCÍA ROCA, Javier y VIDAL ZAPATERO, José M., op. cit., pp. 391 y s., que le sirve de fundamento. En este sentido, el TEDH al juzgar posibles discriminaciones en el contexto judicial, es decir, tribunales afectados de parcialidad racial, ejerce un control estricto de la cláusula de interdicción de discriminación, CARMONA CUENCA, Encarna, op. cit., p. 747.

⁷²⁵ Por ejemplo, entre otros, GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (coord.), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, las niñas y adolescentes*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

edad y de inmigrante, como pone de relieve Alonso Sanz.⁷²⁶ En principio, según alude dicha autora, el núcleo semántico tiene origen en el significado etimológico (latín) del vocablo *vulnus*: herida. La idea básica, por tanto, de alguien *vulnerable* es la posición en la que se encuentra frente a posibles lesiones físicas o morales. En este sentido, hay dos aspectos centrales a destacar: la graduación de vulnerabilidad (que puede adjetivarse según su intensidad; por ejemplo, simple, grave, extrema gravedad, etc.) y el contexto jurídico y material en el que se encuentra, es decir, la protección que le proporciona determinado ordenamiento jurídico para minimizar una situación fáctica que haga a ciertas personas propensas de sufrir lesiones a sus derechos.

Ahora bien, en el caso de los menores inmigrantes, su vulnerabilidad queda establecida en los siguientes elementos: (1) imposibilidad o dificultad agravada de ejercicio iusfundamental, situación que genera relaciones de dependencia con terceros, (2) una mayor desprotección frente a la vulneración de derechos fundamentales y/o discriminación y (3) la intersección de factores sociales que agravan su situación. De estos, el elemento de dependencia de terceros para el ejercicio de sus derechos es característico para su encuadramiento como colectivo vulnerable, así, “La vulnerabilidad entraña relaciones de dependencia, que se caracterizan por la necesidad de intervención de un tercero, ya sea un particular o un ente público o privado, que palie el déficit de autonomía que la vulnerabilidad conlleva, bien ejerciendo los derechos en nombre o a favor del vulnerable (*heteroejercicio*), cuando sea posible, bien asistiendo a éste en el ejercicio de los mismos, o bien compensando de diversas formas la mencionada dificultad”.⁷²⁷

Según lo anterior, si dejamos de lado por un momento el elemento de dependencia para el ejercicio de los derechos fundamentales, parece establecerse cierta sincronía entre vulnerabilidad y pueblos indígenas, pues estos se encuentran en una situación de mayor desprotección (que otros colectivos) frente a la vulneración de derechos fundamentales y, por supuesto, de discriminación, además de que su condición histórica en los países de Latinoamérica está agravada por la intersección de varios factores sociales. Sin embargo, si se toma estrictamente la definición de vulnerabilidad

⁷²⁶ Aquí seguimos la conceptualización general de «vulnerabilidad» de ALONSO SANZ, Lucía, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, prólogo de Javier García Roca, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (de próxima publicación), epígrafes 3.2.1. “La concepción constitucionalmente relevante de «vulnerabilidad»” y 3.2.2. “La vulnerabilidad agravada de los menores no acompañados”.

⁷²⁷ Ídem, cursiva del original.

propuesta (no hay que olvidar que esta se encuentra íntimamente conectada con la situación concreta de los menores inmigrantes), parece que no puede trasladarse en sus términos al contexto de los pueblos indígenas, principalmente por la falta de dependencia alguna de terceros.⁷²⁸ Es aquí, fundamentalmente, donde los pueblos indígenas no empatarían en su totalidad con esa situación o esquema de vulnerabilidad, en el sentido de que “[...] un sujeto se halla en situación vulnerabilidad, cuando padezca de una imposibilidad o dificultad agravada para el ejercicio de los derechos fundamentales, que genere vínculos de dependencia, y una mayor susceptibilidad frente a la lesión iusfundamental o la discriminación”.⁷²⁹

En todo caso, a excepción del caso de los menores de edad (sean o no inmigrantes) y los discapacitados, el elemento de dependencia de terceros estimo no es definitivo en la caracterización de la vulnerabilidad de un grupo, sino que agrega gravedad a su situación. Entonces, en el caso específico de los pueblos indígenas cabe decir que se encuentran en una situación de vulnerabilidad social –administrativa, económica, jurídica y, en especial, política– frente a los miembros de los grupos mayoritarios en la sociedades donde se insertan y conviven. Además de que puede decirse que esta situación de precariedad social, al igual que sucede con la vulnerabilidad, es una «antesala» de la discriminación.⁷³⁰

Sin perjuicio de lo anterior, también cabe hacer un par de reflexiones críticas, aunque deben verse desde un nivel de menor intensidad y referidas a cuestiones institucionales. La primera tiene que ver con la falta de un hilo conductor o conexión fuerte de las decisiones de la Comisión Interamericana en las consideraciones sustantivas de la Corte Interamericana. Algo que no deja de llamar la atención ante la situación que prevaleció en el sistema europeo, donde el Tribunal Europeo no tuvo mayores problemas para tomar algunos de los criterios previamente contruidos por la Comisión Europea e incorporarlos en su jurisprudencia electoral.⁷³¹ Aquí se pierde mucho del diálogo (que pudiera existir) entre órganos interamericanos de derechos

⁷²⁸ Aunque bien puede darse el supuesto de niños o niñas indígenas inmigrantes. Supuesto nada desdeñable en el caso de la migración mexicana y de Centroamérica hacia Estados Unidos, concordando en definitiva con una situación de vulnerabilidad agravada.

⁷²⁹ ALONSO SANZ, Lucía, op. cit., epígrafe 3.2.1. “La concepción constitucionalmente relevante de «vulnerabilidad»”.

⁷³⁰ Cfr. Ídem.

⁷³¹ Aquí resulta ilustrativo el párr. 51 de la sentencia *Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica*, de 2 de marzo de 1987. Esta evolución doctrinal Comisión Europea-Tribunal Europeo es destacada por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, op. cit., pp. 25 y 27, respectivamente.

humanos. No hay que perder de vista que se trataba de la sentencia que le permite por primera vez a la Corte Interamericana perfilar los contornos del contenido de los derechos reconocidos en el artículo 23 CADH, por lo que se volvía necesario ocuparse, siquiera mínimamente, de los casos resueltos por la Comisión Interamericana, es decir, mirar al trabajo de uno de los órganos principales de derechos humanos de la Organización, rescatar los criterios valiosos.

La segunda, se refiere al uso y recepción acrítica de instrumentos regionales que no necesariamente están confeccionados con el propósito de la protección individual de derechos humanos, con esto no se pretende decir que sea impropio, incorrecto o innecesario, sino que dado el peso otorgado a las disposiciones de la Carta Democrática en la resolución, entiendo que se debió aclarar y profundizar siquiera en algunas cuestiones básicas, como el diferente estatus y naturaleza frente a la Convención Americana, el fin y propósito fundamental de la CDI, justificar en definitiva su aplicación más allá de la clara relación entre derechos políticos y democracia. Esto ha producido, algo de lo que no puede culparse al tribunal interamericano, una especie de acartonamiento de la doctrina cuando analiza la sentencia, repitiendo lo afirmado en la sentencia sobre la CDI, sin cuestionarse sobre este instrumento, es decir dan por válida su aplicación en el terreno de los derechos humanos.⁷³²

3. Candidaturas independientes y el examen de proporcionalidad (Caso Castañeda Gutman)

En el segundo caso básico o fundamental, el **Caso Castañeda Gutman**,⁷³³ hay dos protagonistas principales, las candidaturas independientes y el examen (o *test*) de proporcionalidad, perfilado por la Corte Interamericana en su jurisprudencia previa pero que en esta ocasión se aplica detalladamente respecto del ejercicio del derecho de sufragio pasivo. En contra de lo que pudiera pensarse, es el *test* el que materialmente tiene mayor interés y repercusión para la doctrina jurisprudencial de este derecho.

⁷³² GONZÁLEZ VOLIO, Lorena, op. cit., p. 336 y ss., y CASTRILLÓN ORREGO, Juan D., op. cit., p. 194.

⁷³³ El rubro como aparece en la portada de la sentencia es *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sin embargo, para efectos prácticos se utiliza la forma abreviada ya citada, SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008.

Por supuesto, con lo dicho, no se pretende ignorar que la discusión de las candidaturas independientes en la sentencia en cuestión, si bien no es un tema novedoso en el sistema interamericano,⁷³⁴ ha generado una mayor y mejor recepción de esta figura de participación por parte de los Estados parte, al regularse en sus sistemas electorales la posibilidad de que los ciudadanos puedan convertirse en candidatos de elección popular sin la necesidad de ser postulados por los partidos políticos, como lo atestiguan las reformas constitucionales y legales que han experimentado en los últimos años algunos países de la región, entre las que se pueden mencionar las de El Salvador en 2010-2011 y más recientemente México en 2014. Además del creciente interés de la literatura especializada por este tema en particular.⁷³⁵

En el análisis efectuado por la Corte Interamericana, encuentra que hay un cierto equilibrio entre los países americanos que tienen un sistema de monopolio exclusivo de las candidaturas electorales basado en los partidos políticos y aquellos otros donde se viene relativizando con la legitimación de otros sujetos para postular candidatos o la presencia de las candidaturas independientes.⁷³⁶ Entendiendo certeramente este tribunal que la decisión de relativizar el monopolio ejercido por los partidos políticos en la postulación de los candidatos electorales debe darse en el ámbito nacional, según las necesidades y desarrollo político y democrático de cada Estado, mientras se asegure que los sistemas adoptados hagan accesible y garanticen el derecho y la oportunidad de ser elegido.⁷³⁷

En este sentido, en el caso en cuestión, la Corte Interamericana determinó que el Estado mexicano no había violado el artículo 23 CADH al no tener contemplada –y regulada– en su sistema electoral la modalidad de las candidaturas independientes, en el nivel federal.⁷³⁸ Sin embargo, en este marco principal de la discusión del monopolio de

⁷³⁴ Cfr. **Caso Ríos Brito**, CIDH, Resolución 26/88, Caso 10109 Argentina, de 13 de septiembre de 1988.

⁷³⁵ Véase, entre otros, ZOVATTO, Daniel y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, op. cit., en específico el epígrafe “Candidaturas independientes”, pp. 181-187 y GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Candidaturas independientes en México”, *Revista de Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, núm. 15, enero-junio de 2013.

⁷³⁶ Cfr. SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 198; entre los países que presentan un sistema con candidaturas independientes menciona los siguientes: Chile, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela, cfr. *Ibíd.*, párr. 199 (nota al pie 66).

⁷³⁷ Cfr. SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 201.

⁷³⁸ Cabe llamar la atención que, conforme con la estructura federal de México, en el momento de los hechos se daba a la par el monopolio de los partidos políticos en la postulación de los candidatos electorales en el nivel federal y el funcionamiento de la figura de las candidaturas independientes en algunas legislaciones de las entidades federativas (Sonora y Yucatán). Véase GONZÁLEZ OROPEZA,

los partidos políticos en la postulación de los candidatos de elección popular, fue condenado por la violación del artículo 25.1 CADH, en tanto los ciudadanos no contaban con un recurso efectivo para impugnar la constitucionalidad de las leyes electorales.

Dicho lo anterior, debe indicarse que, según la estructura propuesta en este trabajo, no se profundizará en el tema de las candidaturas independientes más allá de estas directrices básicas esbozadas, ya que se ha dejado para otro momento (Capítulo IV) el análisis de los efectos de la jurisprudencia interamericana en las decisiones de los tribunales nacionales que han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema en particular, revelando de mejor forma el impacto que pudieron tener los criterios de la Corte Interamericana en los ordenamientos nacionales. En este sentido, se adelanta que en algún caso la incorporación al sistema electoral de la figura de las candidaturas independientes ha provenido de la autoridad judicial, siendo cuestionable esta vía como la idónea para su implantación en el orden electoral.

Ahora bien, respecto de la relevancia de este caso en el ámbito local, fue motivo de un intenso debate, tanto de las autoridades estatales⁷³⁹ como de la literatura especializada,⁷⁴⁰ siendo la primera sentencia condenatoria –pero como se ha dicho, por una violación distinta de los derechos reconocidos en el art. 23 CADH– para el Estado mexicano por parte de la jurisdicción interamericana.⁷⁴¹ En términos generales, esta resolución se muestra más suelta estableciendo criterios y fijando posturas sobre la interpretación del artículo 23 CADH, los cuales serán más amplios y tenderán a complementar varios de los que había acuñado en el caso precedente. Entonces, por un lado, es posible advertir la continuidad de las ideas principales y, por el otro lado,

Manuel, “Los derechos políticos y su protección en las Constituciones de las entidades federativas de México”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. II, pp. 1701-1718.

⁷³⁹ Para las autoridades mexicanas entre las principales preocupaciones se encontraba la forma de recibir y aplicar la sentencia en el ordenamiento jurídico mexicano, no teniendo antecedentes previos.

⁷⁴⁰ Algunos de los análisis son FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, prólogo de Carlos Ayala Corao, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009; CARMONA TINOCO, Jorge U., “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos...”, op. cit. pp. 775-790; PELAYO MÖLLER, Carlos M. y VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago J., “El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp. 791-812, y TORO HUERTA, Mauricio I. del, “El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 251, enero-junio de 2009, pp. 391-438.

⁷⁴¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, op. cit.

también la Corte Interamericana aprovecha para desarrollar puntos que fueron abordados escuetamente (como los parámetros para analizar las medidas de restricción).

Por lo que teniendo en mente estas anotaciones previas, no se entrará en mayores detalles de los hechos que dieron origen a la controversia en este caso, sino trataré de enfocarme en la descripción del *test* de proporcionalidad utilizado por la Corte Interamericana para evaluar las posibles repercusiones indeseadas en el ejercicio pleno del derecho de sufragio pasivo. Sin dejar de advertir que en el siguiente caso contencioso de la jurisprudencia relativa (**Caso López Mendoza**), no obstante que la Corte Interamericana se enfrentaba a una restricción directa, formal y materialmente, dejó de aplicar el *test*.

Los hechos –escuetamente resumidos– sucedieron cuando el señor Jorge Castañeda Gutman intentó registrar de forma autónoma o independiente a los partidos políticos su candidatura para las elecciones presidenciales del 2 de julio de 2006, no obstante de que las normas electorales no contemplaban este supuesto, sino solo autorizaban a los partidos políticos el registro de los candidatos de elección popular. La autoridad administrativa electoral competente (el entonces Instituto Federal Electoral) negó la inscripción, argumentando precisamente que la ley electoral (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales) solo especificaba a los partidos políticos nacionales el derecho a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular. La resolución administrativa suscitó enseguida la demanda de amparo por parte del actor y –ante la declaración de su improcedencia– posteriormente un recurso de revisión ante los órganos judiciales competentes (juzgado de distrito y tribunal colegiado de circuito, respectivamente). El tribunal colegiado de circuito que conoció del asunto, al considerar su relevancia para el ordenamiento jurídico mexicano, solicitó la atracción del caso por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, facultad de atracción que se hizo efectiva. La SCJN confirmó, después de una decisión dividida, la improcedencia del amparo solicitado.⁷⁴²

Antes de entrar en el análisis del mencionado *test de proporcionalidad*, se enunciarán las pautas generales y específicas que se desprenden de la doctrina asentada

⁷⁴² La documentación pertinente del amparo en revisión 743/2005 puede encontrarse en *Caso Castañeda*, México, SCJN, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, serie Sentencias relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 13.

por el Tribunal interamericano relativa al derecho a ser elegido, al igual que se hizo en el caso analizado previamente.

A. Pautas de interpretación⁷⁴³

1) Previamente (en el **Caso YATAMA**), la Corte Interamericana no se había ocupado de detalles básicos de la definición de los derechos políticos. Resulta difícil saber con exactitud cuáles fueron las razones para no manifestarse al respecto en aquella ocasión, pero quizás preocupada por abordar la problemática central que se discutía, prescindió en sus razonamientos de detalles obvios, pero no por ello dejan de tener su importancia. Se trata de la titularidad y de la naturaleza intrínseca de este tipo de derechos, las cuales indica en esta ocasión.

Sobre la primera cuestión reconoce que la titularidad de los derechos políticos no emana del concepto de persona (fuente de imputación para todos los demás derechos previstos en la Convención Americana) sino de la categoría de *ciudadano*. En este sentido, el artículo 23 se refiere “a los derechos de la persona como ciudadano”.⁷⁴⁴ Y, respecto a la segunda, al expresar que los derechos políticos son «derechos humanos»,⁷⁴⁵ a pesar de que no se reconoce la titularidad de su ejercicio a toda persona, evita que se subestimen y se pretenda dejárseles en un segundo plano respecto de otros derechos.

En esto, no basta su simple enunciación en los instrumentos internacionales, que por lo demás es de suma trascendencia, sino que los datos sociales y culturales demuestran el aprecio que la humanidad a lo largo de varios siglos ha tenido por sus derechos de participación política, de ahí la existencia en las sociedades

⁷⁴³ Se dijo previamente, al abordarse las pautas interpretativas en el caso anterior, que el artículo 23 CADH al tener una estructura compleja en el sentido de reconocer un puñado de derechos de muy diverso desarrollo, aunque conectados entre sí, algunas de las pautas argumentativas y de interpretación dispuestas por la Corte Interamericana sobre este artículo pueden tener un carácter más *amplio* en tanto son aplicables para dos o más de los derechos reconocidos en él, por lo que no están especialmente dirigidas al derecho de sufragio pasivo. Por su parte, también pueden identificarse pautas con carácter *particular* cuando tienen aplicación específica para el derecho de sufragio pasivo. Aunque tal distinción únicamente se enuncia con un sentido orientador y no de clasificación.

⁷⁴⁴ SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 145.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, párr. 140.

contemporáneas de mecanismos jurídicos cada vez más sofisticados de protección de los derechos democráticos.⁷⁴⁶

2) Además de la sujeción del artículo 23 a las reglas interpretativas del artículo 29 CADH (que ya había anticipado el tribunal en el **Caso YATAMA**), la interpretación de aquel dispositivo debe hacerse “en su conjunto y de manera armónica”, esto quiere decir que no puede ignorarse la relación existente entre sí de los dos apartados que lo integran, y las influencias que recibe del “resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran”.⁷⁴⁷ En suma, una interpretación sistemática y principialista. Por lo que en el sistema de la Convención Americana, los preceptos, al no ser planos, encontrarán mejor acomodo entre ellos según sus aristas. Así, en el caso del artículo 23 CADH, los preceptos que regulan derechos necesarios o vinculados al juego democrático, así como los preceptos que contienen referencias a la democracia, siempre tendrán puntos de contacto afines (mutua influencia). Sucede igual con el Preámbulo, donde tiene reconocimiento explícito el principio democrático que inspira a la Convención Americana.

3) La Corte Interamericana no dejará de mencionar la importancia de la Carta Democrática Interamericana para el entendimiento de los derechos políticos en el sistema interamericano.⁷⁴⁸ Al establecer la conexión general de los derechos humanos con la democracia puede entenderse en una doble vertiente, de un lado, a nivel normativo se establece el vínculo entre la CADH (principal instrumento regional de derechos humanos) y la CDI (principal instrumento regional en materia democrática), y del otro, a nivel conceptual, en tanto la protección de los derechos políticos y la democracia se muestran interdependientes.

4) Se señala la *interconexión democrática* de los derechos del artículo 23 CADH con otros derechos consagrados en la Convención Americana (principalmente se trataría de las libertades de expresión, reunión y asociación), los cuales –como lo manifiesta la Corte Interamericana– “en conjunto, hacen posible el juego democrático”.⁷⁴⁹ De ahí la importancia fundamental de estos derechos.

⁷⁴⁶ Véase VV. AA., *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, op. cit.

⁷⁴⁷ SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 153.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, párr. 142.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, párr. 140.

5) Aclara el alcance del término «oportunidades» que aparece en la redacción inicial del artículo 23. Aquí creo conveniente citar textualmente las palabras de la Corte Interamericana, para no llevar a ninguna confusión, “[...] implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”.⁷⁵⁰

Quizás donde han tenido mayor repercusión, según se ha visto en otro apartado (“Principio de igualdad y no discriminación”), esas «medidas positivas» es en el campo de la representación política de la mujer, a través de lo que se conoce como cuotas electorales. Con lo que la Corte Interamericana se encuentra en esa tesitura de avanzar hacia una igualdad real, no solamente jurídica. Asimismo, esa interpretación del término «oportunidades» tomará cuerpo y se volverá clave para que la Corte Interamericana encuentre violaciones al derecho de sufragio pasivo en casos relativos a la erradicación violenta de opositores y líderes políticos, los cuales se verán más adelante (“Jurisprudencia conexa”), pero por el momento puede indicarse que las medidas positivas de las que habla la Corte Interamericana no se circunscriben únicamente a las garantías de acceso a los cargos públicos representativos.

6) Matiza el criterio de interpretación que había sostenido previamente en el **Caso YATAMA** del término «exclusivamente» que se encuentra en el apartado 2 del artículo 23. En aquella ocasión daba a entender que no cabía la reglamentación del ejercicio de los derechos políticos por causas distintas a las exclusivamente señaladas en tal dispositivo, es decir, en definitiva adoptaba el criterio taxativo. Pero ahora señalará que el propósito de este dispositivo, que resultaría único, es el de “evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”.⁷⁵¹ Lo que movería el centro de la discusión a parámetros discriminatorios, es decir, lo trascendente serían los fines y los efectos producidos y no el reflejo idéntico con ese listado de «condiciones habilitantes».

⁷⁵⁰ Ibídem, párr. 145. Sobre este término contenido en el artículo 23 CADH Albanese, en un sentido más general pues también tiene en mente el PIDCP, considera: “[e]llo es relevante, pues su aplicación impulsa el enriquecimiento de los poderes constituidos, dado que la sociedad pluralista es la que mejor puede sostener y garantizar el sistema democrático, lo cual no implica otra cosa que revalorizar la vida republicana. En tal sentido, la participación debe involucrar indisolublemente, también poderes de decisión. De lo contrario se transformaría en una declaración simbólica carente de operatividad”, ALBANESE, Susana, op. cit., p. 83.

⁷⁵¹ SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 155.

Lo anterior tiene que ver en gran medida con las *obligaciones positivas* que la Convención Americana le impone a los Estados parte para que los derechos consagrados en el artículo 23 puedan ejercerse efectivamente. Es justamente en la obligación estatal de diseñar y “organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado”,⁷⁵² que la Corte Interamericana se muestra abierta con las formas en que los Estados pueden hacerlo, pudiendo ir «más allá» del listado establecido en el apartado 2 del artículo 23.⁷⁵³ Aunque esto no tendrá del todo sintonía en el siguiente caso del itinerario jurisprudencial, el **Caso López Mendoza**.

7) Dada la coordinación funcional existente entre la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana,⁷⁵⁴ tiene sentido reflexionar sobre la previsibilidad de las decisiones tomadas en el nivel de la CIDH y que pueden ser confirmadas o negadas en las conclusiones de la Corte Interamericana.⁷⁵⁵ En el caso del artículo 23 de la Convención Americana resulta singular la coincidencia que hasta el momento se ha generado en ambos niveles al revisar los casos en esta materia. Es decir, cuando la Comisión Interamericana ha encontrado violaciones a este artículo en particular, la Corte Interamericana también lo ha hecho,⁷⁵⁶ y al contrario, cuando la CIDH no ha encontrado violaciones, la Corte Interamericana le ha dado la razón.⁷⁵⁷ En efecto, la práctica parece indicar que los análisis que realiza la CIDH son correctos, en el entendido que han coincidido con las conclusiones de la CorteIDH. Lo que permite predecir o simplemente advertir que en las situaciones donde la Comisión Interamericana determine, después de sus investigaciones, demandar por la violación

⁷⁵² *Ibidem*, párr. 157.

⁷⁵³ *Ídem*.

⁷⁵⁴ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, op. cit., en específico el epígrafe V “Las relaciones entre ambos organismos”, pp. 205-208.

⁷⁵⁵ Para el sistema europeo de derechos humanos no tiene interés alguno, donde ha desaparecido la Comisión Europea y en la actualidad se accede directamente al Tribunal Europeo, sin la intermediación de órgano alguno.

⁷⁵⁶ **Caso YATAMA, Caso López Mendoza y Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche)**.

⁷⁵⁷ En los **Caso Castañeda Gutman y Caso Apitz Barbera y otros**, la Corte Interamericana admitió analizar las posibles violaciones a los derechos contenidos en el artículo 23 CADH, siguiendo la práctica jurisprudencial de que los peticionarios pueden alegar la violación de derechos distintos a los comprendidos en la demanda de la CIDH, y que se sustenta en el principio *iura novit curia* (véase SCorteIDH, “*Cinco pensionistas*” vs. *Perú* (Fondo, reparaciones y costas), de 28 de febrero de 2004, párrs. 155 y 156). En el **Caso Argüelles y otros**, uno de los más recientes fallos de la justicia interamericana, también la Comisión Interamericana no se pronunció respecto de la vulneración del artículo 23 alegada por los representantes de las víctimas. La Corte Interamericana, después del análisis respectivo, no encontró violación alguna a los derechos contemplados en dicho dispositivo convencional, SCorteIDH, *Argüelles y otros vs. Argentina* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2014, párr. 215.

del artículo 23 CADH hay mejores posibilidades de que la CorteIDH dicte una sentencia condenatoria.

8) El primer acercamiento que se había manifestado en el **Caso YATAMA** respecto del tema de la protección que previsiblemente otorgaría la Convención Americana a los mecanismos de democracia directa, parece quedar resuelto cuando la Corte Interamericana señala de manera general que los referendos, plebiscitos o consultas se encuentran contenidos en el derecho que tienen los ciudadanos de participar activa y directamente en la dirección de los asuntos públicos.⁷⁵⁸

9) El que la Convención Americana establezca los principios del derecho de sufragio y ciertos estándares mínimos de las características que debe cumplir el proceso electoral, esto no implica que se imponga un sistema electoral particular.⁷⁵⁹ En estos términos, el mandato específico proveniente de la CADH a los Estados miembros se limita a que “[e]l sistema electoral que los Estados establezcan [...] debe hacer posible la celebración de elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.⁷⁶⁰ Y es aquí donde entran las necesidades históricas, políticas, sociales y culturales de cada Estado para justificar variaciones en la regulación de los derechos a votar y ser votado.⁷⁶¹ Por lo que las modalidades específicas de ejercicio del derecho de sufragio pasivo (y por extensión, también, los sistemas electorales) no se pueden valorar abstractamente.⁷⁶²

En términos del caso concreto, al encontrar la Corte Interamericana dos modelos principales presentes en la región, esto es, el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos y el sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes, dirá que “[l]o esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad”.⁷⁶³

⁷⁵⁸ Cfr. SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 147.

⁷⁵⁹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 149.

⁷⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 158.

⁷⁶¹ *Ibíd.*, párr. 166.

⁷⁶² *Ibíd.*, párr. 200.

⁷⁶³ *Ibíd.*, párr. 201.

Esto parece coincidente con las elaboraciones teóricas de la doctrina especializada. En su primer acercamiento sistemático de revisión de la jurisprudencia del TEDH en materia electoral, según el artículo 3 P-1 CEDH, García Roca ya se mostraba partidario del criterio de “[...] mantener por prudencia el control de convencionalidad en materia electoral como un juicio de mínimos o control no intenso”.⁷⁶⁴ Después, al afrontar el estudio de la técnica del margen de apreciación nacional utilizada por el tribunal europeo, entendía que este margen reforzaba el sentido de la diferente intensidad que debía caber al enjuiciarse las diversas cuestiones electorales (los derechos democráticos, el sistema electoral o el procedimiento electoral).⁷⁶⁵ En este sentido, de forma sintética cabía advertir un *control laxo o poco intenso* junto a un *amplio* margen de apreciación nacional, cuando se trata de temas concernientes al *sistema electoral* y, en cambio, un control *estricto* y margen de apreciación nacional *pequeño*, si el caso involucra a los *derechos democráticos o de participación política*.⁷⁶⁶

Lo anterior ha sido recogido en el análisis comparado con la experiencia de la Convención Americana, proponiendo dicho autor, junto a Dalla Vía, la «teoría de las escalas de control».⁷⁶⁷ Que bien puede ayudar a diferenciar los distintos escenarios en los que la Corte Interamericana se encuentra al enjuiciar los casos y aplicar un grado o escala de intensidad diferenciado según el objeto. En este sentido, los citados autores señalan cuatro escenarios principales donde, al escrutarse el caso, la escala de intensidad irá de *mayor a menor* según se trate del sufragio activo, del sufragio pasivo (donde quedan incluidas las causas de inelegibilidad y el derecho a permanecer en el cargo), el procedimiento electoral y, por último, el sistema electoral.⁷⁶⁸

⁷⁶⁴ GARCÍA ROCA, Javier, “Del compromiso internacional de los Estados...”, op. cit., p. 924, haciendo referencia a las dificultades para el TEDH de enjuiciar requisitos electorales nacionales, como en la dividida decisión del **Caso Bowman**, referido con anterioridad.

⁷⁶⁵ Cfr. GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*, op. cit., pp. 304 y ss.

⁷⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 205 y ss.

⁷⁶⁷ GARCÍA ROCA y DALLA VÍA, op. cit., p. 252.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, pp. 252 y s.

C. El examen de proporcionalidad a las restricciones de derechos convencionales

Parte sustancial de la sentencia es la aplicación del *examen de proporcionalidad*,⁷⁶⁹ técnica que la Corte Interamericana ha ido construyendo casuísticamente en la revisión de limitaciones o restricciones de los derechos consagrados en la Convención Americana.⁷⁷⁰ Por lo que en ocasión del **Caso Castañeda Gutman** revisa «las condiciones que se deben de cumplir al momento [...] de restringir»⁷⁷¹ los derechos consagrados en el artículo 23 CADH. Dicho *test* consiste en tres estándares de evaluación –legalidad, finalidad y necesidad democrática y proporcionalidad– que en conjunto arrojaría la legitimidad de cualquier restricción específica impuesta por los Estados. En este sentido, para los Estados miembros es de notable interés estar atentos de la evolución de los estándares del *test*, en especial cuando regulen cualquier tipo de restricción en el ejercicio del derecho de ser elegido (y del resto de derechos consagrados en el citado artículo 23).

En cuanto al primero de los estándares, el de legalidad, implica “que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción” estén claramente establecidas por ley, en sentido formal y material.⁷⁷² El segundo, relativo a la finalidad de la medida restrictiva, busca “que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana”.⁷⁷³ En este sentido, las causas o finalidades justificantes de restricciones al ejercicio de los derechos pueden tener carácter específico o general, según la posición que adoptan en el articulado de la Convención Americana, así, serán específicas las incluidas explícitamente para la posibilidad de limitar un derecho determinado (el derecho de asociación, consagrado en

⁷⁶⁹ Aquí remitimos a lo ya analizado previamente en el epígrafe “Principio de proporcionalidad” (Cap. II). En este sentido, el *test* utilizado por la Corte Interamericana tiene su antecedente en la experiencia jurisprudencial del TEDH, respecto del examen o *test* de proporcionalidad y los desarrollos de la cláusula «necesarias en una sociedad democrática». Y como podrá advertir el lector, los niveles de análisis utilizados por la Corte Interamericana corresponden formal y materialmente a los del examen de proporcionalidad.

⁷⁷⁰ Puede seguirse el itinerario jurisprudencial en las notas de la SCorteIDH, *Kimel vs. Argentina* (Fondo, reparaciones y costas), de 2 de mayo de 2008, párr. 52.

⁷⁷¹ SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 175.

⁷⁷² *Ibidem*, párr. 176.

⁷⁷³ *Ibidem*, párr. 180.

el artículo 16 CADH, por ejemplo) y generales las que se encuentran, por ejemplo, en la fórmula del artículo 32.2 CADH.⁷⁷⁴

En el caso del artículo 23 CADH, a pesar de no establecer explícitamente las «finalidades legítimas» (moral pública, seguridad nacional o seguridad u orden público) para la restricción específica de los derechos políticos, en opinión de la Corte Interamericana pueden derivarse de su primera parte.⁷⁷⁵ En este sentido, afirmará en el caso particular que se está analizando: “[...] dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros”.⁷⁷⁶

El tercero de los estándares, consistente en el cumplimiento del requisito de su necesidad en una sociedad democrática, quizás pueda decirse que sea el que mayor grado de dificultad de ser sorteado presenta a las medidas restrictivas para que sean estimadas compatibles con la Convención Americana. En la medida de que la evaluación que se efectúa es progresiva, los dos primeros estándares o pasos de la revisión se presentan más como una verificación de correspondencia, es decir, tanto su presencia en la ley (legalidad) como su finalidad pueden aparecer a simple vista en el texto, son datos fijos, en cambio su necesidad implica mayores dosis o esfuerzos de argumentación, se requiere de razones fuertes para poder intervenir (suspender, limitar o restringir) en el pleno ejercicio de determinado derecho político, además cabe pensar que el concepto de «necesidad» es por naturaleza abierto, depende de ajustarse a las condiciones del contexto y las variables presentes en cada caso.

Por ello, la Corte Interamericana requiere de valorar tres requisitos para determinar si la medida restrictiva cumple con la exigencia de ser necesaria en una sociedad democrática: primero, si satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; segundo, si es la que restringe en

⁷⁷⁴ Ya citado.

⁷⁷⁵ Cfr. SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 181.

⁷⁷⁶ Ídem.

menor grado el derecho protegido; y, tercero, si se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo.⁷⁷⁷

En el caso en cuestión, respecto del primero de los requisitos, la Corte Interamericana encuentra fundadas cuatro necesidades sociales imperiosas sustentadas por el Estado mexicano para establecer la facultad exclusiva de los partidos políticos para registrar los candidatos de elección popular y, por tanto, excluir la posibilidad de las candidaturas independientes en el sistema electoral mexicano.⁷⁷⁸ Las necesidades esgrimidas fueron: (histórica) crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; (acceso) organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; (financiera) un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y (fiscalizadora) fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones.

En cuanto a la verificación del segundo requisito, la Corte Interamericana dirá que se trata de “[...] examinar las alternativas existentes para regular tal derecho, que sean igualmente idóneas a la regulación que se considera violatoria de la Convención, y precisar su mayor o menor grado de lesividad del derecho humano que se restringe”.⁷⁷⁹ Conforme con estas directrices, para efectuarse una valoración adecuada por lo menos se requiere de dos alternativas para poner en perspectiva el mayor o menor grado de lesividad de una medida restrictiva. A nivel general, del modelo o sistema electoral, la Corte Interamericana señala la imposibilidad de hacer una valoración en abstracto del modelo que otorga la facultad exclusiva a los partidos políticos de registrar a los candidatos de elección popular de aquel otro que permite la posibilidad de inscribir candidaturas independientes. Y como la víctima de este caso, el señor Castañeda Gutman, no había señalado una violación específica, individual y concreta, sino se había referido en términos generales a la necesidad de las candidaturas independientes, es que la Corte Interamericana limita sus consideraciones.

Por último, el tercero de los requisitos para determinar la necesidad de la medida restrictiva en una sociedad democrática, esto es, si se ajusta estrechamente

⁷⁷⁷ Cfr. *Ibíd.*, párr. 186.

⁷⁷⁸ Cfr. *Ibíd.*, párr. 193.

⁷⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 196.

(proporcionalidad) al objeto legítimo, parece estar condicionado a las determinaciones que resulten del análisis de los anteriores requisitos. Así, en el caso en cuestión, en tanto el Estado mexicano había sostenido consistentemente la opción que había elegido como adecuada para regular la forma en que se tenían que registrar los candidatos de elección popular exclusivamente a través de los partidos políticos, la Corte Interamericana concluirá que “[...] es una medida idónea para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana”.⁷⁸⁰

4. *Suspensión del derecho a ser elegido (Caso López Mendoza)*

El tercer caso básico, el **Caso López Mendoza**,⁷⁸¹ confrontó la práctica venezolana de restringir el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a través de sanciones impuestas por autoridades administrativas, situación que chocaba de lleno con el segundo apartado del artículo 23 CADH, donde se establecen los criterios razonables de restricción en el ejercicio de los derechos políticos.

Ya en lo dicho aparecen dos detalles previos y relevantes que por su natural amplitud deben ser acotados en el contexto de este caso. El primero, cuando se habla de *autoridad administrativa* no debe entenderse también incluida la jurisdicción contencioso administrativa, aunque ciertamente en muchos sistemas se encuentra dentro de la rama ejecutiva, sino exclusivamente a las autoridades públicas, con rango constitucional o legal, que no tienen índole judicial ni legislativa.

Ahora bien, respecto del segundo detalle, la *sanción concreta* a la que se hará referencia en este caso se denomina «inhabilitación», que es uno de los tres supuestos – con alcances distintos– contemplados por la legislación venezolana y fue el aplicado al

⁷⁸⁰ Ibídem, párr. 203.

⁷⁸¹ SCorteIDH, *López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011. Sobre las cuestiones de fondo abordadas en este caso, uno de los dos dictámenes periciales que fueron presentados como prueba en la fase oral del procedimiento contencioso interamericano, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Informe pericial caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcalá”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 1, 2011, pp. 339-362.

actor. En términos concretos, según dicha normativa, es una imposibilidad total durante un lapso prolongado de tiempo para desempeñar cargos públicos, incluyendo los de elección popular.⁷⁸² En suma, una suspensión o restricción del derecho a ser elegido (que en su momento puede tener traducción como una inelegibilidad, según lo visto anteriormente). Por tanto, se ha optado por usar el término de *suspensión*, reflejado en el título del epígrafe, más general y que permite incluir las posibles variaciones de los supuestos concretos de los ordenamientos jurídicos de la región (sean propiamente suspensiones del cargo, destituciones o inhabilitaciones).

El **Caso López Mendoza**, en realidad, es una resolución parca respecto del derecho de sufragio pasivo. En principio con este caso parecería fortalecerse la doctrina que venía desarrollando en los dos casos previos, sin embargo, la Corte Interamericana opta por despachar rápidamente la cuestión doctrinal y enseguida llama la atención sobre la imposibilidad o incompatibilidad de que el ejercicio del derecho a ser elegido se vea perjudicado por resoluciones emanadas de una autoridad administrativa, la Contraloría General de la República en el caso concreto, siendo la única opción posible hacerse a través de los tribunales de justicia penal, conforme una lectura literal o rígida del artículo 23.2 CADH.⁷⁸³ En este sentido, desde lo cuantitativo, la mayoría de sus consideraciones se encuentran referidas a las otras violaciones de la Convención Americana que acompañan el caso, principalmente a las garantías judiciales y el debido proceso.⁷⁸⁴ Por otro lado, según se detalla más adelante, es en los votos concurrentes que acompañan a la sentencia donde cabe una mayor apertura a la discusión del desarrollo jurisprudencial del derecho de sufragio pasivo.

⁷⁸² Véase el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

⁷⁸³ La interpretación que hizo Nogueira Alcalá de este punto en particular, que es uno de los centrales en su informe pericial, fue coincidente con el criterio asentado por la mayoría de la Corte Interamericana; así, señaló que “[l]o que un Estado Parte de la Convención Americana no puede contemplar en su ordenamiento jurídico es la afectación de los atributos básicos o esenciales que integran los derechos políticos asegurados y garantizados convencionalmente, como es el derecho de sufragio pasivo, generando una inhabilidad sobreviviente, a través de un procedimiento y resolución de un órgano administrativo como es la Contraloría en el caso de Venezuela, la cual puede imponer sanciones administrativas, pero no puede imponer privación de atributos de derechos políticos como es el derecho a ser elegido, ya que el artículo 23.2 de la Convención determina que ello sólo puede ser determinado por un tribunal de justicia en materia penal con todas las garantías del debido proceso: «condena, por juez competente, en proceso penal»”, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Informe pericial caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcalá”, op. cit., pp. 357 y s., cursivas del original

⁷⁸⁴ Se trata de los artículos 8.1 y 25 CADH. Además, también se había invocado la violación del artículo 24 CADH, relativo a la igualdad ante la ley, pero el tribunal estimó la no violación de dicho dispositivo por parte del Estado venezolano.

Conforme con lo anterior, en el análisis presentado aquí se pone el énfasis preferentemente en los puntos directamente relacionados con el artículo 23 CADH, dejando en segundo plano la discusión de las violaciones a las garantías judiciales, por lo que primero se hará una breve descripción de los hechos que dieron lugar a la controversia para pasar enseguida a la discusión que surge de los criterios dialécticos de los votos concurrentes a la sentencia, los cuales permiten describir de mejor manera la situación actual en que se encuentra el desarrollo del derecho de sufragio pasivo en el sistema interamericano de derechos humanos, para después llamar la atención respecto de alguna crítica que puede hacerse sobre la oportunidad perdida por la Corte Interamericana para seguir avanzando en el desarrollo del conjunto de los derechos del artículo 23.

En las elecciones municipales para la Alcaldía Mayor de Caracas, celebradas en noviembre de 2008, el señor Leopoldo López Mendoza era un aspirante con serias posibilidades de convertirse en candidato para dicha elección, tras de sí tenía el respaldo de haberse desempeñado con anterioridad como funcionario público y alcalde municipal (cargo de elección popular). Sin embargo, la candidatura en potencia del actor se vino abajo cuando le fueron impuestas por la Contraloría General de la República diversas sanciones, entre las que se incluía una sanción accesoria que lo inhabilitaba para el ejercicio de cargos públicos durante un período de seis años.⁷⁸⁵ Viéndose, por tanto, impedido de registrar su candidatura en la respectiva contienda electoral.

En este sentido, la cuestión central de la controversia está motivada por la situación existente en el ordenamiento venezolano, donde la legislación correspondiente (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal) contemplaba, mediante procedimiento disciplinario, la restricción del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, supuesto que no aparece expresamente entre los criterios razonables que introduce la segunda parte del artículo 23 CADH para limitar el ejercicio de este derecho, sino que señala que, en el caso de procesos sancionadores, «exclusivamente» debe hacerse mediante condena, por juez competente, en proceso penal. Conforme con estos términos, quedarían excluidas de intervenir en el ejercicio de los derechos políticos las sanciones provenientes de autoridades administrativas.

⁷⁸⁵ Cfr. SCorteIDH, *López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011, párr. 81.

Las sanciones impuestas al demandante tuvieron origen en dos procedimientos administrativos a cargo de la Contraloría General de la República, uno de ellos investigaba su desempeño en la empresa Petróleos de Venezuela S. A., y el otro estaba enfocado en su período como Alcalde de Chacao. Desde la perspectiva de la protección internacional de los derechos humanos, para la Corte Interamericana no era relevante *prima facie* el resultado de dichos procesos, sino evaluar si las autoridades venezolanas habían dado cumplimiento a los estándares interamericanos en materia de garantías judiciales. Precisamente el análisis que realiza la Corte Interamericana en esta materia ha contribuido a reforzar su jurisprudencia en dos puntos en particular: el plazo razonable en que el juez debe resolver los asuntos sometidos a su conocimiento y el deber de motivar las resoluciones; siendo también el **Caso López Mendoza** referencia importante para los estudios especializados.⁷⁸⁶

Visto desde los límites de la potestad sancionadora de la autoridad administrativa, resulta ciertamente de provecho tener certeza de que su alcance no llega a las costas del derecho de sufragio pasivo, un derecho fundamental. Es una aduana donde solo tienen permiso de llegada las sanciones privativas de derechos provenientes de la justicia penal.

Como ya se había marcado, será en los votos particulares donde se amplía la discusión fundamental en el presente caso, y que la sentencia optó soslayar, esto es, la posibilidad de una interpretación menos literal del contenido de la segunda parte del artículo 23 CADH, con las consecuencias inherentes. Conviene en estos momentos volver a transcribir dicho dispositivo, ya que es breve y permite tener presente la referencia de la que parte la discusión:

“La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

A primera vista, el listado de criterios razonables de restricción no es demasiado extenso (son 7 en total: edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y condena penal)⁷⁸⁷ y técnicamente no contiene una fórmula o cláusula

⁷⁸⁶ Sobre el particular, véase IBÁÑEZ RIVAS, Juana M., “Artículo 8. Garantías judiciales”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), op. cit., pp. 230 y ss.

⁷⁸⁷ Si dejamos de lado que la capacidad mental puede entenderse como una situación fáctica sin consecuencias jurídicas, a diferencia de la capacidad civil, que en sí misma tiene connotaciones jurídicas (para la titularidad de derechos) y si se toma en cuenta que en realidad, en el supuesto del derecho de

que permita la introducción de otros criterios,⁷⁸⁸ aunque no debe olvidarse que en otro contexto, por ejemplo el de interdicción de discriminación (igualmente contenido en la CADH), algunos de esos mismos criterios se convierten en distinciones odiosas o sospechosas en la restricción de derechos fundamentales (como la nacionalidad, la instrucción o el idioma).⁷⁸⁹ Pero en este esquema general, el debate se centrará en el último de los criterios de restricción de la lista, es decir, «condena, por juez competente, en proceso penal».

El *Voto concurrente razonado* del juez García-Sayán hace una interpretación razonable de dicha disposición y avanza dos tesis interesantes a contracorriente del pensamiento mayoritario que la ha interpretado,⁷⁹⁰ las cuales sintetizo de la siguiente forma: (1) que el término «exclusivamente» contenido en ella no necesariamente tiene traducción en un entendimiento taxativo del listado de los criterios razonables de reglamentación o restricción estatal⁷⁹¹ y (2) que «otros espacios judiciales» (como puede ser el juez electoral) también tendrían legitimidad para imponer posibles restricciones al ejercicio de los derechos políticos, no únicamente el juez penal.⁷⁹² Pero siempre –remarca García Sayán– debe ser “una autoridad de naturaleza judicial”.⁷⁹³

En este último sentido, en el razonamiento que hace García-Sayán tienen relevancia dos datos, uno de índole normativo y otro extraído de la práctica constitucional latinoamericana, el primero es que, a diferencia del artículo 23.2 CADH,

sufragio pasivo, de lo que se trata es de la capacidad/incapacidad electoral –una especie del género capacidad civil– donde efectivamente el elemento de la capacidad psíquica o mental es relevante, entonces no cabe escindir el criterio «capacidad civil o mental». Véase lo ya apuntado sobre la capacidad electoral (Capítulo I).

⁷⁸⁸ Si se compara la técnica utilizada por los redactores en el mismo texto convencional, por ejemplo con el artículo 1.1 CADH, donde justo en la parte final del listado que establece los factores o criterios de discriminación que están prohibidos utilizar en el sistema de la CADH, al indicar “o cualquier otra condición social”, parece sugerir una lista cerrada.

⁷⁸⁹ Así, los artículos que prohíben la discriminación en los sistemas regionales de derechos humanos (el art. 1.1 CADH y el art. 14 CEDH), incluyen algunos de esos factores o criterios. El Convenio Europeo establece que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otras situación”. Sobre la doctrina de la clasificación sospechosa, véase REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, op. cit., pp. 51 y ss.

⁷⁹⁰ Aquí se vuelve a una cuestión que ya se había presentado en el nivel de la CIDH, por supuesto con otras circunstancias, pero en esencia era la misma situación de interpretar en términos taxativos las posibilidades de restricción del ejercicio de los derechos políticos. Véanse *supra* las referencias doctrinales citadas en la nota 633, y el *Voto concurrente* del juez Vio Grossi, numeral 2. Asimismo, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Informe pericial caso López Mendoza...”, op. cit., pp. 357 y s.

⁷⁹¹ *Voto concurrente razonado*, párrs. 16.

⁷⁹² *Ibídem*, párrs. 16 y 22.

⁷⁹³ *Ibídem*, párr. 17.

en otros instrumentos principales de derechos humanos (PIDCP, CEDH y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) “No se ha estipulado [...] una norma que establezca que los Estados sólo pueden restringir el sufragio pasivo por medio de «condena, por juez competente, en proceso penal»”,⁷⁹⁴ más bien se hace con cláusulas abstractas o abiertas (“los ciudadanos gozarán [...] sin restricciones indebidas”, como en el artículo 25 PIDCP) o ni siquiera se hace mención expresa de posibles causas de limitación.⁷⁹⁵ El segundo dato es que detecta en la región tres tipos de sistemas,⁷⁹⁶ de distinta naturaleza (político, judicial o administrativo) y –en ocasiones– no excluyentes, que tienen alcance restrictivo en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Lo que tendría como fin mostrar, por un lado, que la realidad tiene una connotación más compleja de lo que en principio pretendería la CADH (un único sistema) pero, por el otro, me parece también es el de deslindar y aclarar donde se ubicarían esos *otros* espacios judiciales legítimos a los que se hacía referencia.

Sin embargo, en este punto se vuelve confuso, pues en su clasificación el *sistema judicial* únicamente hace referencia al proceso penal, y en el *sistema administrativo* incluye a la «autoridad judicial electoral», entonces al final no se sabe muy bien donde cabe ubicar a esos otros «espacios judiciales» de los que habla. Además de que en esta clasificación se entremezclan representantes políticos y funcionarios públicos, sin una clara distinción. Por lo que parece correcto seguir un concepto material de tribunal, que uno de carácter formal, en el sentido que la razón relevante que nos permitiría equiparar o conectar otros espacios judiciales con el espacio penal es el cumplimiento de las garantías del debido proceso. En este sentido es donde tiene interés la afirmación de García-Sayán cuando dice: “El mecanismo de restricción de derechos pues, tiene que ofrecer suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de las personas, los sistemas democráticos y a la oposición política. Debe entenderse, pues, que el juicio debe ser el más estricto posible, sea cual sea la vía utilizada para efectuar una restricción”.⁷⁹⁷

⁷⁹⁴ Ibídem, párr. 9.

⁷⁹⁵ Ibídem, párr. 10.

⁷⁹⁶ Sobre el particular señala que “[...] existen diversos sistemas sobre imposición de inhabilitaciones a funcionarios públicos que se traducen en restricción al sufragio pasivo: i) sistema político, que consiste en un juicio político a cargo del órgano legislativo, generalmente contra funcionarios de alto rango sindicados de haber cometido faltas o delitos; ii) sistema judicial a través de un proceso penal, y iii) sistema administrativo, disciplinario o encomendado a la autoridad judicial electoral”, ibídem, párr. 13.

⁷⁹⁷ Ibídem, párr. 14.

Dicho lo anterior, la primera tesis aludida por este juez, viéndola desde la casuística interamericana⁷⁹⁸ y la interpretación evolutiva,⁷⁹⁹ se encuentra más acorde con las realidades nacionales de los Estados parte, quienes en ocasiones se ven orillados, por situaciones específicas, graves o extremas, por ejemplo, a introducir restricciones permanentes al ejercicio del derecho a ser elegido de determinados individuos,⁸⁰⁰ medidas que en términos literales serían incompatibles con la Convención Americana, pero esto sería ignorar el contexto y todo lo que ello conlleva (factores normativos, políticos, económicos, sociales y culturales).⁸⁰¹

La segunda tesis, va unida a la anterior, pues si se relativizan los términos de exclusividad y taxatividad insertos en el artículo 23.2 CADH, entonces bien cabe argumentar la entrada de esos otros espacios judiciales –quizás mejor capacitados, como los tribunales electorales– en la restricción del ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Sin embargo, al resaltar que solo pueden ser autoridades de naturaleza judicial las facultadas para efectuar tal intervención, García-Sayán se mantiene con el criterio de la sentencia, en tanto rechaza que las autoridades administrativas estén en condiciones de poder limitar el derecho de los ciudadanos a ser elegidos.⁸⁰²

En suma, para esta postura, la última frase del segundo apartado del artículo 23.2 CADH es abierta en su interpretación, en el sentido de que el juez penal no sería la única autoridad legítima para imponer restricciones al ejercicio del derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos, pero restringido en el sentido de que no cualquier tipo de autoridad estatal podría ubicarse en el mismo nivel o en la posición que la CADH concede al juez penal, sino que debe ser estrictamente una autoridad de naturaleza judicial, entendiéndose por ella un tribunal en sentido material, aunque también en sentido limitado al exigirse que se cumplan las mismas garantías estrictas del debido proceso de índole penal. Criterio que, por lo demás, ha tenido repercusión importante en la justificación dada recientemente por algún tribunal nacional para apartarse del estándar literal marcado en este caso.⁸⁰³

⁷⁹⁸ **Caso Ríos Montt**, CIDH, Informe 30/93, Caso 10.804 Guatemala, de 12 de octubre de 1993, ya visto con anterioridad.

⁷⁹⁹ CANOSA USERA, Raúl, “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, op. cit., p. 85.

⁸⁰⁰ **Caso Ríos Montt**, CIDH, Informe 30/93, Caso 10.804 Guatemala, de 12 de octubre de 1993, párr. 38.

⁸⁰¹ *Ibidem*, párr. 21 y ss.

⁸⁰² Cfr. *Voto concurrente razonado*, párr. 21.

⁸⁰³ Véase Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-712/13, de 17 de octubre de 2013. Un caso relevante donde una congresista (Senadora), la señora Córdoba Ruíz, fue sancionada con destitución de su

Para el juez Vio Grossi, en su *Voto concurrente*, que es la antítesis del criterio de interpretación que hace García-Sayán,⁸⁰⁴ la principal preocupación es la de flexibilizar los términos de la Convención Americana, sin tener soporte textual.⁸⁰⁵ Lo que se conecta con el objeto particular que le encuentra al artículo 23.2, a partir del objeto y fin de la CADH, “[...] lo que pretende con su artículo 23.2 es, por lo tanto, que se restrinjan o reglamenten lo menos posible los derechos y oportunidades consagrados en su artículo 23.1”.⁸⁰⁶ Según lo anterior, el peligro o la consecuencia adversa de flexibilizar los términos es que se compatibilicen otras formas de restricción y, con ello, no disminuyan, sino se aumenten las posibilidades de intervenir en su ejercicio.

En este sentido, para él la sentencia hizo lo correcto al inhibir una posible interpretación abierta o no taxativa: “[e]l referido fallo se conforma, en consecuencia, a la naturaleza de la jurisprudencia, sin pretender generar, en la práctica, una regla nueva, distinta y aún contradictoria con lo que establece el artículo 23.2 de la Convención, esto es, la Sentencia ha procedido fijando el sentido y alcance de este último según su única alternativa de aplicación posible”.⁸⁰⁷

La concepción de Vio Grossi puede entenderse mejor sobre las bases generales del papel que entiende debe desempeñar la Corte Interamericana, como tribunal internacional de derechos humanos, y sus posibilidades de activismo judicial: “[...] a la

cargo y además la suspensión durante 18 años para desempeñarse en cargos públicos, entendiéndose incluidos los de elección popular, mediante procedimiento administrativo, donde se pone de manifiesto la similitud del sistema colombiano con el sistema venezolano –con sus debidas particularidades– de otorgar competencias a órganos de naturaleza administrativa, en este caso la Procuraduría General de la Nación, de vigilar y sancionar la actividad de los funcionarios públicos y los cargos de elección popular, pudiendo restringir el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

⁸⁰⁴ Discusión similar también estuvo presente en la sentencia del **Caso YATAMA**, es decir, la posibilidad de hacer una interpretación contextual y evolutiva del artículo 23.1, según se refleja de los votos concurrentes, respectivamente, de García Ramírez y García-Sayán –que finalmente fue la que se impuso–, oponiéndose a la postura originalista adoptada por Jackman, en su voto separado concurrente, quien entendía que los derechos de votar y ser elegido son «absolutos» y, por tanto, cualquier interferencia en su ejercicio iba en contra de lo dispuesto por la CADH, haciendo innecesaria una interpretación indirecta, respaldando su opinión en “[...] una lectura cuidadosa de las secciones relevantes de los trabajos preparatorios de la Convención”, cfr. *Voto separado concurrente* del juez Oliver Jackman, p. 2.

⁸⁰⁵ En palabras de Vio Grossi: “[c]iertamente, si los Estados Partes de la Convención hubiesen querido consagrar en el mencionado artículo 23.2 causales no taxativas de reglamentación de los derechos y oportunidades previstas en el artículo 23.1 de la misma o permitir que la condena pudiese ser impuesta por otro juez o instancia jurisdiccional distinta al juez penal o en proceso similar o semejante al penal, lo habrían así dicho expresa o derechamente o habrían empleado otra terminología, como, por ejemplo, las de «tales como» o «entre otras». Pero no lo hicieron así. Por otra parte, no hay ningún indicio en autos que indique que, al establecerse el artículo 23.2, se quiso o se pretendió que incluyera otro tipo de proceso o juez que no fuesen los de orden penal”, *Voto concurrente* del juez Eduardo Vio Grossi, numeral 2, cursivas del original.

⁸⁰⁶ *Ibídem*, numeral 4.

⁸⁰⁷ *Ibídem*, “Conclusión”.

que no le compete el eventual cambio de lo dispuesto en la Convención”.⁸⁰⁸ En este sentido, concibe un tribunal descubridor o escudriñador de los pactos de los Estados partes, asentados en las disposiciones de la CADH: “[...] lo que la Sentencia hace es descubrir o escudriñar lo que ellos [los Estados partes de la Convención], en tanto los creadores de la norma, al respecto efectivamente convinieron”.⁸⁰⁹

Sobre el particular, García Roca y Dalla Vía se muestran críticos con la interpretación que hiciera en su momento la CIDH en el **Caso Aylwin Azócar y otros**,⁸¹⁰ calificándola de literal –al decir la CIDH que las limitaciones del artículo 23.2 CADH son *numerus clausus*– y que como señalan es la que retoma el voto particular del juez Vio Grossi en este caso.⁸¹¹ Asimismo, dichos autores concluyen que “A nuestro entender este razonamiento no es adecuado, deviene en la práctica imposible dada la riqueza de los supuestos de hecho que el universo de los derechos (un verdadero *case law*) suscita; no se pueden poner puertas al campo como diría Octavio Paz”.⁸¹²

Comparto la primera de las posturas expuestas, pues al igual que el juez García Sayán estimo se encuentra más cercana con la actual situación existente en la región, donde los tribunales electorales tienen un papel relevante al resolver los conflictos electorales y las controversias en el ejercicio de los derechos democráticos, y son ellos quienes tienen, dada su especialización, un mejor y mayor conocimiento que los tribunales penales al imponer posibles restricciones. Indudablemente a los tribunales penales les está dada una potestad que deben hacer valer, sin embargo, los estudios confirman la existencia de algunos espacios judiciales que teniendo la legitimidad necesaria les resulta lejano, o tienden a ignorar, el razonar las diferencias existentes entre las modalidades del derecho de sufragio.⁸¹³

Ahora bien, en otro orden de ideas, al tener la cuestión penal un peso protagónico en la restricción del derecho de sufragio pasivo, se sigue convalidando, hasta cierto punto, una práctica que en varios países y regiones ha sido cuestionada en su objeto y fin, además de sus efectos adversos en la participación de los ciudadanos en

⁸⁰⁸ Ídem.

⁸⁰⁹ Ibídem, numeral 1.

⁸¹⁰ CIDH, Informe de fondo 137/99, caso 11.863 Chile, de 27 de diciembre de 1999.

⁸¹¹ GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 234.

⁸¹² Ídem.

⁸¹³ El supuesto al que me refiero es el de los tribunales civiles, en los que recae la potestad para declarar la incapacidad electoral pasiva. Al respecto, véase GARCÍA ROCA, Javier, “Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo”, op. cit., en especial, pp. 183 y ss.

los asuntos públicos, así sean convictos. Por lo menos esto ha tenido mayor repercusión en el derecho de sufragio activo.⁸¹⁴

Desde esta perspectiva, no está de más recordar que la referencia directa que hace el artículo 23.2 CADH al proceso penal, como forma de llegar a restringir el ejercicio de los derechos de sufragio, suscita un debate particular sobre la actual pertinencia de continuar privando a los condenados penalmente (con penas privativas de libertad) de esos derechos. Por supuesto, los términos de condena penal, juez penal y proceso penal incluidos en particular en este artículo de la CADH tienen clara sintonía con la doctrina penal del siglo XIX, y que perduró durante todo el siglo pasado en las legislaciones nacionales, de sancionar a los perpetradores de delitos graves con penas restrictivas de derechos que afectaran también a su vida política, desvinculándolos de la toma de decisiones de la comunidad, tanto prohibiéndoles el derecho de elegir a sus representantes, como de poder ser elegidos, esto último, como lógica consecuencia de la pena de privación de la libertad. La situación actualmente es ligeramente distinta, por lo menos en lo que acontece en el contexto europeo, donde el TEDH ha tenido que resolver el mencionado **Caso Hirst**, de importante trascendencia, donde se cuestiona la fórmula automática y genérica utilizada por el Reino Unido para restringir el derecho de voto de los condenados a penas privativas de libertad, siendo incompatible con el Convenio Europeo.⁸¹⁵ Aunque, a diferencia del contexto europeo, en el lado americano el factor de la delincuencia organizada, principalmente proveniente de la actividad del narcotráfico, tiene un gran peso en la discusión de las penas privativas de derechos políticos.⁸¹⁶

Asimismo, hay otra cuestión que se dejó de abordar en la sentencia y quizás con ello se perdió una buena oportunidad de fortalecer la esencia de los cargos de elección popular, que emana de la propia democracia representativa. Es la distinción expresa que debe caber entre cargos públicos representativos y funcionarios públicos.⁸¹⁷ La más natural de las razones de su diversa estructura y contenido, es la forma en que se eligen, mientras los primeros requieren ineludiblemente de la representatividad popular, es decir, del principio democrático, los segundos, en cambio, son elegidos mediante

⁸¹⁴ Véase STEDH, *Hirst vs. Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005 (Gran Sala).

⁸¹⁵ Un análisis crítico de la sentencia es el de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, op. cit., pp. 70 y ss.

⁸¹⁶ Sobre el particular, RÍOS VEGA, Luis Efrén, *Sufragio pasivo, inmunidad parlamentaria y delincuencia organizada. El caso Godoy*, prólogo de Ricardo García Manrique, México, Porrúa, 2010.

⁸¹⁷ GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos*, op. cit., en especial, pp. 84 y ss.

mecanismos de concurso, oposición o libre designación. Pero más allá de la forma en que son elegidos, la diferencia fundamental se encuentra en el objeto que persigue, por un lado, el derecho de acceso a los cargos públicos representativos, y por el otro, el derecho de acceso a la función pública.⁸¹⁸ En este sentido, no hay que olvidar que el artículo 23.1 CADH reconoce ambos derechos. El juez García-Sayán, en su mencionado *Voto concurrente razonado*, llega al planteamiento de esta cuestión vía el análisis de la proporcionalidad de la sanción de suspensión impuesta al actor. En su opinión, no puede entenderse en términos iguales la situación de los candidatos electorales, donde aparecen “intereses colectivos de los electores”, con la de los funcionarios públicos, que no tienen ninguna representatividad popular.⁸¹⁹ Teniendo, por tanto, repercusión principalmente en la intensidad con la que deben analizarse este tipo de sanciones. En sus palabras: “[e]llo exige que la restricción deba analizarse con un rigor más estricto cuando se trata de funcionarios elegidos a diferencia de funcionarios designados en la administración en cuyo caso no hay intervención de los ciudadanos en la selección de un funcionario”.⁸²⁰

En este sentido, tiene relevancia la trayectoria o proyecto de vida de alguien como el señor López Mendoza, “quien había hecho de la participación en la vida electoral un proyecto de vida”, ya que la sanción no solo le impedía participar en la elección respectiva sino también quedaba afectado para postularse como candidato a otros cargos electivos.⁸²¹

Por lo que reiterando el punto señalado, la Corte Interamericana, con este caso, perdió una oportunidad inmejorable de darle a los cargos públicos representativos, que son los que están conectados directamente con el voto popular, el valor adicional que tienen incluido en su esencia democrática, que es la representatividad del pueblo, y que a partir de la distinción explícita que se debe hacer frente a la función pública, probablemente las autoridades administrativas sí estén en condiciones de limitar el ejercicio de uno de los derechos incluidos en el artículo 23 CADH, esto es, el derecho de acceso a las funciones públicas, pero no así del derecho de acceso a los cargos

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 85. Dentro de la función pública también cabe hacer distinciones, y en este sentido, la Corte Interamericana ha consolidado una importante doctrina jurisprudencial –que será abordada más adelante– que otorga garantías especiales a la función judicial (a los jueces, dado el papel que desempeñan en la sociedad), mismas que no pueden ser comparables con las de los demás funcionarios públicos.

⁸¹⁹ *Cfr. Voto concurrente*, párr. 19.

⁸²⁰ *Ibidem*, párr. 27.

⁸²¹ *Ibidem*, párr. 20.

públicos de elección popular, terreno que les está vedado, al ser un derecho de suma importancia, tanto para la democracia como para el sistema de derechos fundamentales. En este sentido, al reforzarse el contenido del derecho de sufragio pasivo, también se indicaba, indirectamente, que las legislaciones concernientes deben a su vez distinguir cuando se quiere afectar a uno u otro derecho. Y con ello, todavía más, indicar una cierta reserva a favor de las normas electorales, las únicas en las que podrían establecerse límites o restricciones al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, inhibiendo en lo posible las incluidas en cualquier tipo de legislación administrativa, sea en forma de sanciones principales o accesorias.

Por último, lo sucedido en este caso suscita algunas dudas respecto de la pertinencia de aplicar el examen de proporcionalidad en materia de derechos políticos. En otras palabras, la Corte Interamericana no usa el *test* propuesto en el previo **Caso Castañeda Gutman** para el análisis de la sanción restrictiva aplicada al actor y que le hacía inelegible para todo tipo de elecciones populares. Como se ha visto, aquí también se discute, al igual que en el **Caso Castañeda Gutman**, una restricción que limitaba el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, sin embargo, la Corte Interamericana estimó innecesario en esta ocasión hacer uso del *test* previamente desarrollado. No hay que olvidar que el Estado demandado, en su momento, avanzó los argumentos que justificaban la pertinencia y legitimidad de esta medida establecida en el ordenamiento jurídico venezolano. Entonces, cabe preguntarse, ¿cuáles son las condiciones o requisitos propios para activar este examen? En tanto no se usa para todos los casos que impliquen medidas restrictivas de derechos.

Venezuela había justificado su potestad para restringir el ejercicio del derecho de sufragio pasivo mediante sanciones administrativas como una fórmula encaminada a combatir la corrupción existente entre los funcionarios públicos, teniendo para el mencionado país el carácter de «interés público imperativo».⁸²² A primera vista, por tanto, se cubría el objetivo o fin que justificaría la aplicación de dicha medida de restricción. Por supuesto, en este plano, no puede considerarse suficiente la simple presencia o invocación de un determinado objetivo para justificar la intervención en el ejercicio de un derecho, sino que materialmente hacia ese objetivo se deben dirigir los esfuerzos del Estado que ha sido demandado, punto que el Estado venezolano trató de

⁸²² Cfr. SCorteIDH, *López Mendoza vs. Venezuela* (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011, párrs. 97 y 103, respectivamente.

acreditar con la operación de sus políticas públicas especiales de combate de la corrupción en la función pública. Pero no obstante la presencia, formal y material, de un fin particular vinculado a la realidad nacional y otros elementos que en conjunto ameritaban la aplicación del juicio de proporcionalidad, por tratarse de una medida restrictiva de derechos, la razón de la inoperancia de dicho *examen* en este caso se encuentra en la decisión de la Corte Interamericana de adoptar el criterio taxativo en la interpretación de la segunda parte del artículo 23 CADH, lo que anulaba la posibilidad de considerarse otras formas de restringir los derechos políticos fuera de las exclusivamente establecidas en dicho artículo. En este sentido, si la Corte Interamericana hubiera optado por la interpretación abierta del artículo 23.2 CADH – como propone el *Voto concurrente razonado* de García-Sayán– tendría sentido la aplicación del *examen*, en tanto, de inicio, se daría cabida a otros criterios razonables, proporcionales y necesarios, y para ello tendría que motivarse por qué no sería tolerable en términos de la Convención Americana. Por tanto, es una cuestión que todavía no queda clara del todo y tendrán que irse perfilando las pautas de aplicación del examen de proporcionalidad en los sucesivos casos que sean presentados a la jurisdicción de la Corte Interamericana.

5. Restricciones provenientes del ámbito penal y nuevos retos

El tema de la incidencia del ámbito penal en el ejercicio de los derechos políticos, a través de la aplicación de penas accesorias restrictivas de derechos, emergerá coincidentemente en dos de los más recientes fallos emitidos por la Corte Interamericana, durante 2014. Es un tema que últimamente aparece con mayor frecuencia en los casos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción interamericana, y que en otras latitudes también genera preocupación.⁸²³ En el caso del sistema interamericano, por una parte, se mantiene una cierta inercia de que la forma legítima e incuestionada para intervenir en el ejercicio de los derechos políticos procede de la autoridad penal, debido principalmente a que tiene respaldo expreso en la Convención Americana, pero, por otra parte, esto mismo ha provocado que el contenido

⁸²³ Sobre el particular, entre otros, FARALDO CABANA, Patricia, op. cit. y GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana, op. cit.

de las penas accesorias que se encuentran establecidas en las legislaciones penales nacionales sean vistas con el mismo efecto legitimador de origen, sin ser cuestionadas sobre sentido, esto es, su razonabilidad, proporcionalidad y el fin que persiguen respecto de los derechos fundamentales que afectan. Encontrándose, por ejemplo, penas accesorias que en muchas de las ocasiones son más gravosas, en términos de la vida política de quienes son afectados por ellas, que lo que pudieran generar las propias penas principales. Esto es, en el punto que concierne a esta investigación, lo que se encuentra como telón de fondo de los casos en cuestión.

Aunque en principio esa común coincidencia es la que mantiene la cercanía entre dichos casos, y permite reflexionar sobre la cada vez más creciente privación del derecho de sufragio pasivo por penas accesorias, las condiciones particulares de cada caso son bastante disímiles, pues mientras en el primero que se abordará en las siguientes líneas se refiere a la aplicación de la legislación penal chilena en materia de terrorismo a miembros y líderes de pueblos indígenas, en el segundo, las penas serán impuestas a un grupo de militares argentinos acusados de diversos delitos patrimoniales. Por supuesto, en términos de representación política, estas características serán condiciones determinantes en el abordaje que realiza la Corte Interamericana.

En el **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche)**,⁸²⁴ una de las sentencias más extensas que ha dictado la Corte Interamericana,⁸²⁵ siete miembros del pueblo mapuche y una activista por la reivindicación de los derechos de dicho pueblo, entre los que se encontraban tres autoridades tradicionales de dos comunidades del pueblo mapuche (los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentqueo Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf Llaue).⁸²⁶ Esta distinción de dirigentes o autoridades tradicionales cobrará relevancia,

⁸²⁴ SCorteIDH, *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile* (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de mayo de 2014.

⁸²⁵ Amplitud que es oportuno aclarar no es debido al análisis de los derechos políticos protegidos por el artículo 23 CADH, que en cierta medida recibe una atención escueta por parte de la Corte Interamericana, sino a la variedad de cuestiones que son abordadas en la sentencia, por lo que puede decirse que los puntos centrales de la sentencia son los temas del principio de igualdad y no discriminación y el principio de legalidad, los cuales atraviesan transversalmente a la sentencia.

⁸²⁶ Según la Corte Interamericana, “La dirigencia de las comunidades mapuche la ejercen los «Lonkos» y los «Werkén», autoridades tradicionales electas para representar a una o múltiples comunidades. Los Lonkos son los líderes principales de sus respectivas comunidades tanto en materia de gobierno como en aspectos espirituales, son considerados depositarios de la sabiduría ancestral y encabezan los procesos de toma de decisiones así como también presiden importantes ceremonias religiosas. Los Werkén, cuyo nombre significa «mensajero», asisten a los Lonkos y cumplen un rol complementario de liderazgo, son portavoces de diversos temas como los políticos y culturales ante otras comunidades mapuche y ante la sociedad no mapuche”, SCorteIDH, *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo*

como se podrá apreciar más adelante, en la magnitud de la intromisión de las penas restrictivas impuestas en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, quedando entrelazadas varias cuestiones que son tratadas en el siguiente apartado de este capítulo, como el estrecho vínculo que existe entre el liderazgo indígena con su comunidad de pertenencia y por tanto al afectarse el ejercicio individual del derecho de ser elegido de quienes son representantes de esa comunidad termina también por afectarse la esfera colectiva de ese derecho, que no es otra que dejar a la comunidad de pertenencia sin la representación de sus líderes naturales que previamente fueron elegidos.

Los actores fueron juzgados por el incendio y amenazas de incendio de varios predios forestales, y el incendio de varios camiones y una retroexcavadora de empresas constructoras privadas, ocurridos durante diciembre de 2001 y marzo de 2002, conforme a la Ley 18.314 o «Ley Antiterrorista» vigente en esos momentos, donde se contemplaba una presunción en el artículo 1° que será la base para condenar a dichas personas en el ámbito de esta ley penal especial, y que la Corte Interamericana entenderá incompatible con el principio de legalidad (art. 9 CADH).

Ahora bien, hay dos datos significativos que quizás sea conveniente mencionar debido a que permiten tener una primera idea de la gravedad de los hechos y los delitos de terrorismo según los cuales fueron juzgados los actores en el nivel interno. En primer lugar, los procesos penales quedaron insertos dentro del contexto más amplio y generalizado de lucha y protesta que este pueblo indígena mantiene en diversas regiones del sur de Chile, fundadas en la reivindicación de sus derechos sobre la tierra donde históricamente han desarrollado su vida las comunidades del pueblo mapuche.⁸²⁷ En segundo lugar, está la lógica del daño o perjuicio social de haber afectado el derecho a la vida o el de integridad personal de otras personas, en este sentido, la Corte Interamericana advertirá que “En ninguno de los hechos por los cuales fueron juzgados (relativos a incendio de predio forestal, amenaza de incendio y quema de un camión de una empresa privada) resultó afectada la integridad física ni la vida de alguna persona”.⁸²⁸

indígena Mapuche) vs. *Chile* (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de mayo de 2014, párr. 78. De la comunidad «Lorenzo Norín», de Didaico, era Lonkos el señor Segundo Aniceto Norín Catrimán, de la comunidad «Antonio Ñirripil», de Telememu, era Lonkos el señor Pascual Huentequero Pichún Paillalao, y el señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe era Werkén de varias comunidades mapuche.

⁸²⁷ Cfr. *Ibidem*, párrs. 79 y ss.

⁸²⁸ *Ibidem*, párr. 74.

En este caso en particular, previamente al análisis que hará la Corte Interamericana de la violación de los derechos políticos (art. 23), resultará determinante el que haya encontrado que la tipificación hecha por la Ley N° 18.314 (Ley Antiterrorista), según la cual se habían impuesto las penas principales y accesorias a los actores, no cumplía con los estándares internacionales del principio de legalidad. Con lo cual, puede percibirse una especie de efecto cascada, donde al quedar afectada la mencionada ley, también quedaban afectadas las restricciones que en principio se entendían legítimas en la restricción de los derechos y libertades de los imputados por delitos de carácter terrorista.⁸²⁹

Las penas accesorias impuestas en cuestión consistían, por un lado, en la “inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena”, contempladas en el artículo 28 del Código Penal y, de igual forma, para “Los responsables de estos delitos [terroristas] quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular [...]; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas, [...] durante dicho plazo”, conforme al artículo 9 de la Constitución chilena.

Como puede advertirse de su simple lectura, de forma general y abstracta, son penas que pretenden excluir del circuito democrático a quienes cometen actos que son considerados socialmente con un sentido de gravedad, sin embargo, como ya se había indicado, al estar afectado el tipo penal específico al no cumplir con el principio de legalidad, siendo incompatible por ello con la Convención Americana, la Corte Interamericana también entenderá que estas penas accesorias debían entenderse como inadecuadas en su propósito, debido a su proporcionalidad. En este sentido, dirá que “[...] la imposición de las referidas penas accesorias, en las que se afecta el derecho al sufragio, la participación en la dirección de asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas, incluso con carácter absoluto y perpetuo o por un término fijo y prolongado

⁸²⁹ Vinculación que queda de manifiesto en las siguientes observaciones de la Corte Interamericana: “Tratándose de la tipificación de delitos de carácter terrorista, el principio de legalidad impone una necesaria distinción entre dichos delitos y los tipos penales ordinarios, de forma que tanto cada persona como el juez penal cuenten con suficientes elementos jurídicos para prever si una conducta es sancionable bajo uno u otro tipo penal. Ello es particularmente importante en lo tocante a los delitos terroristas porque respecto de ellos suele preverse –como lo hace la Ley N° 18.314– la imposición de penas privativas de libertad más graves y de penas accesorias e inhabilitaciones con efectos importantes respecto del ejercicio de otros derechos fundamentales”, *ibídem*, párr. 163.

(quince años), es contraria al principio de proporcionalidad de las penas [...] y constituye una gravísima afectación de los derechos políticos [...]”.⁸³⁰

Por principio de la proporcionalidad de la pena, refiere el criterio que ha venido utilizando en otros casos previos, "que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”.⁸³¹

Si dicho tribunal entiende que el efecto en el ejercicio de los derechos políticos es «una gravísima afectación», lo será más en el supuesto de los miembros del pueblo mapuche que habían sido reconocidos durante el procedimiento contencioso interamericano como líderes de su comunidad, por lo que la Corte Interamericana señalará que esa afectación es “[...] particularmente grave en el caso de los señores Ancalaf Llaupe, Norín Catrimán y Pichún Paillalao, por su condición de líderes y dirigentes tradicionales de sus comunidades [...], de manera que por la imposición de las referidas penas también se afectó la representación de los intereses de sus comunidades respecto de otras, así como respecto del resto de la sociedad chilena en general”.⁸³²

Con lo cual extiende la afectación al vínculo existente entre el elector y el elegido, la indudable conexión material, que resulta en la práctica, entre la comunidad de pertenencia y sus representantes tradicionales. “Igualmente, cabe destacar, también por la condición de líderes y dirigentes mapuche [...], que la restricción de los derechos políticos de éstos también afecta a las comunidades de las cuales hacen parte puesto que, por la naturaleza de sus funciones y su posición social, no sólo su derecho individual resultó afectado sino, también, el de los miembros del Pueblo indígena Mapuche a quienes representaban”.⁸³³

En este punto en particular resulta extraño que la Corte Interamericana no haya echado mano de su jurisprudencia previa en torno a las dificultades que implican para las comunidades y pueblos indígenas la pérdida de sus representantes y líderes, debido

⁸³⁰ Ibídem, párr. 383.

⁸³¹ Las sentencias referidas son *Vargas Areco vs. Paraguay* (Fondo, reparaciones y costas), de 26 de septiembre de 2006, párr. 108 y *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (Fondo, reparaciones y costas), de 11 de mayo de 2007, párr. 196.

⁸³² SCorteIDH, *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile* (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de mayo de 2014, párr. 384.

⁸³³ Ibídem, párr. 385.

principalmente a la forma en que los eligen y las funciones (no únicamente políticas) que desempeñan en la comunidad.⁸³⁴ Bien puede especularse al respecto sobre la falta de esta conexión, ante la falta de alguna razón que pueda aclararlo. Sin embargo, lo cierto es que de la revisión de los casos relativos al uso de métodos o formas violentas para erradicar la oposición de líderes indígenas y comunitarios (descrita más adelante), la Corte Interamericana tenía al alcance mayores elementos para reforzar sus consideraciones sobre las afectaciones a la dimensión social del derecho de sufragio pasivo.

Con la aparición del reciente fallo de la Corte Interamericana en el **Caso Argüelles y otros**,⁸³⁵ algunas de las interrogantes generadas en torno a la oportunidad para aplicar el *test de proporcionalidad* en materia de derechos políticos pueden tener respuesta. Aunque el núcleo principal de la controversia transita por la vulneración de otros derechos de la Convención Americana, la Corte Interamericana entrará al análisis de los derechos del artículo 23 y aplica el *test* que había propuesto en el **Caso Castañeda Gutman** –y que luego dejó de aplicar en el **Caso López Mendoza**– a una sanción de la legislación penal argentina conocida como “inhabilitación absoluta perpetua”, misma que restringía el ejercicio de varios derechos políticos, entre los que se encontraba el derecho de sufragio pasivo, inhibiendo con ello la participación política de aquellas personas que sufrieran la aplicación de tal sanción penal. Dicha pena de inhabilitación prevista en el artículo 19 del Código penal argentino⁸³⁶ fue aplicada en origen por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas al condenar (sentencia de 5 de junio de 1989), y que después será confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal (sentencia de 20 de marzo de 1995), a un grupo de militares⁸³⁷ acusados de cometer varias conductas ilícitas encuadradas en los delitos de asociación ilícita – contemplado en el Código Penal– y de defraudación militar y falsificación de documentación militar –previstos en el Código de Justicia Militar– en perjuicio del

⁸³⁴ SSCorteIDH, *Escué Zapata vs. Colombia* (Fondo, reparaciones y costas), de 4 de julio de 2007, y *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de 25 de mayo de 2010.

⁸³⁵ SCorteIDH, *Argüelles y otros vs. Argentina* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2014.

⁸³⁶ Dicho dispositivo señala que “La inhabilitación absoluta importa: 1°. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; 2°. La privación del derecho electoral; 3°. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; 4°. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión”.

⁸³⁷ En total, 20 miembros de la Fuerza Aérea argentina, cfr. SCorteIDH, *Argüelles y otros vs. Argentina* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2014, párr. 1.

patrimonio de las Fuerzas Armadas argentinas. En este sentido, el caso ante la Corte Interamericana estará enfocado principalmente en las irregularidades alegadas en los procesos nacionales llevados a cabo, como el mantener a los acusados en prisión preventiva por un período excesivo o el plazo irrazonable en el que fueron juzgados, de ahí que los temas centrales tratados se refieran a las violaciones de los derechos a la libertad personal, presunción de inocencia, a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 7 y 8 CADH).

Al igual que en el **Caso López Mendoza**, la expresión “condena, por juez competente, en proceso penal” del artículo 23.2 CADH enmarcará la discusión sobre la legitimidad de la restricción de los derechos políticos impuesta al grupo de militares involucrados.⁸³⁸ En este sentido, el argumento central del Estado argentino será precisamente la adecuación de la “inhabilitación absoluta perpetua” estipulada en el Código Penal argentino con las causales permitidas por la Convención Americana.⁸³⁹ A pesar de la nomenclatura *perpetua* –argumentará el Estado argentino– no puede entenderse como una restricción «infinita», ya que existiría un procedimiento dispuesto en el mismo Código Penal (artículo 20) para la restitución en el uso y goce de los derechos que fueron restringidos por la sanción penal de inhabilitación, siendo procedente al cumplirse dos requisitos básicos: que hayan transcurrido diez años y se hayan reparado los daños causados en la medida de lo posible.⁸⁴⁰

Después de aplicarle el *test* a la pena de inhabilitación, la Corte Interamericana encontrará razones suficientes para entenderla conforme con la Convención Americana. En esto hay que señalar dos detalles importantes que deben ser resaltados. El primero tiene que ver con la orientación de la medida restrictiva hacia la satisfacción de un interés público imperativo, uno de los niveles de análisis del *test*. El Estado argentino –según se puede observar de las posturas de las partes resumidas por la CorteIDH– no manifestó de forma explícita el objetivo o fin de la medida restrictiva discutida, lo que llevaría a pensar que lo consideró evidente o presupuesto al estar en la normativa

⁸³⁸ En el caso de la alegación de la violación del artículo 23 CADH cabe mencionar que debido a que la Corte Interamericana autorizó la intervención de distintos representantes de las víctimas en el procedimiento ante ella, únicamente el grupo de militares conformado por Carlos Arancibia, Ricardo Candurra, José Di Rosa, Aníbal Machín y Enrique Pontecorvo (representados por Alberto De Vita y Mauricio Cueto) fueron los considerados en el análisis, *ibídem*, párrs. 4 y 223, respectivamente.

⁸³⁹ Cfr. *Ibídem*, párrs. 216-220.

⁸⁴⁰ Cfr. *Ibídem*, párrs. 218 y 219.

penal.⁸⁴¹ Por lo que la Corte Interamericana lo deducirá del dispositivo mismo, de su inserción en la normativa penal, y del contexto del caso particular. Así, señalará que “[...] tenía como objetivo proteger el erario, evitando que una persona condenada por delitos de defraudación y falsedad pudiera acceder a cargos públicos y participar de elecciones durante determinado período”, o en otras palabras, tiene el “objetivo legítimo de resguardar el interés público al restringir la participación electoral de los condenados por determinado período”.⁸⁴² El problema es que el Estado argentino al no pronunciarse previa y expresamente sobre ese objetivo, le deja a la Corte Interamericana un mayor margen de maniobra para definirlo, y quizás tenga sentido estratégico hacerlo, pero ese objetivo legítimo encontrado por el tribunal de igual forma puede tener aplicación general a otras tantas sanciones restrictivas de derechos sin tener la necesidad de particularizarse el objetivo de su aplicación y permanencia en el orden jurídico en sintonía con la exclusión total de la vida política de aquellos sujetos que sufren el reproche penal, es decir, el «erario» (el dinero público) puede protegerse de formas menos intrusivas en el ejercicio pleno de los derechos políticos, en especial de los derechos conectados con la participación política; y aunado a lo anterior, otro problema –quizás el de mayor relevancia– es que no toda sanción penal *per se*, por el simple hecho de encontrarse regulada, tendrá una orientación hacia la satisfacción de un interés público imperativo, o por lo menos esa sanción puede ser cuestionada en sus fundamentos. En este sentido, por ejemplo, no hay que olvidar la discusión que se tuvo respecto del fin de restringir el derecho de sufragio activo de los condenados a prisión en el seno del TEDH.⁸⁴³

El segundo, que se refiere a las condiciones particulares del caso, es que la Corte Interamericana había sido enfática –en el **Caso López Mendoza**– al subrayar que la expresión “condena, por juez competente, en proceso penal” debía entenderse como excluyente de otro de tipo de condenas restrictivas del derecho de sufragio pasivo provenientes de autoridades distintas de la justicia penal. En este sentido, la condena de origen impuesta por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas tiene sede en una

⁸⁴¹ Debe señalarse que esta resulta ser la situación opuesta a lo ocurrido en el **Caso Castañeda Gutman**, donde la Corte Interamericana analiza precisamente el interés público imperativo de otorgar el monopolio a los partidos políticos en la postulación de los candidatos electorales en el sistema electoral mexicano, siguiendo los argumentos del Estado mexicano, los cuales al final entenderá como razonables para el ejercicio de los derechos políticos involucrados, véase SCorteIDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, párr. 193.

⁸⁴² SCorteIDH, *Argüelles y otros vs. Argentina* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2014, párr. 230.

⁸⁴³ STEDH, *Hirst vs. Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005 (Gran Sala).

jurisdicción militar,⁸⁴⁴ pero al verse revisada y confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal para la Corte Interamericana esta será la resolución definitiva que entenderá es la que impone la sanción de inhabilitación. Con lo cual, mantiene la coherencia y fortalece el criterio sostenido en el **Caso López Mendoza** de que únicamente la justicia penal es la permitida por la Convención Americana para restringir el ejercicio de los derechos políticos. Sin embargo, resulta sintomático de las variables contextuales e históricas propias del ordenamiento jurídico local que analiza la Corte Interamericana el que manifieste la dificultad de mantener una línea estricta, por lo menos en la época en que actuaba el entonces Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y según las normas vigentes, entre las autoridades legítimas para imponer sanciones de este tipo, dirá que “[...] en este caso la Corte se encuentra frente a la comisión de ilícitos diferentes a los que ha conocido en su jurisprudencia anterior, controversias procesales y sustantivas distintas y un escenario de análisis diferente al de otros casos anteriores. En Argentina, durante la época de los hechos, la jurisdicción militar era definida por la Constitución y el Código de Justicia Militar [...]. Asimismo, la organización de los tribunales militares en tiempos de paz se ejercía, entre otros, por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas”,⁸⁴⁵ donde bien pueden advertirse las naturales matizaciones entre los distintos sistemas de restricción de derechos establecidos por los ordenamientos nacionales. Esto último tiene sentido remarcarlo porque evidencia las dificultades que en el futuro puede deparar seguir manteniendo un criterio rígido en la interpretación del artículo 23.2 CADH respecto de la autoridad penal como la única legitimada para imponer restricciones en el ejercicio de los derechos democráticos, teniendo en cuenta que los ordenamientos jurídicos del continente muestran cada uno singularidades propias, históricas y políticas, que no entran en esas dimensiones tan pequeñas, es decir, una puerta demasiado estrecha por la que se pretendería filtrar las amplias realidades constitucionales del continente. Lo que

⁸⁴⁴ Y aquí hay que tener en cuenta algunas observaciones previas que había manifestado la Corte Interamericana respecto de la independencia de ese órgano: “[...] la Corte considera que el hecho mismo que los miembros del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas eran miembros activos de las Fuerzas Armadas y que había una relación de dependencia y subordinación con sus superiores, que son parte del Poder Ejecutivo, pone en duda su independencia y objetividad”. Además de que “[...] en ese momento, no exigía la necesidad de formación jurídica para desempeñar el cargo de juez o miembro del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de seis entre nueve miembros (artículo 12 del CJM). Lo anterior no representaría un problema para un tribunal exclusivamente administrativo o disciplinario, pero no cumple con los estándares del artículo 8.2 de la Convención Americana en materia estrictamente penal”, SCorteIDH, *Argüelles y otros vs. Argentina* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2014, párrs. 158 y 159, respectivamente.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, párr. 150.

conduciría a una cuestión de mayor profundidad, y es si también esa disposición debe entenderse como la imposibilidad de que los legisladores nacionales puedan establecer, conforme con sus facultades populares y soberanas, otro tipo de mecanismos o sistemas –igualmente legítimos– de restricción de derechos políticos al margen del ámbito penal. En mi modesta opinión, esto sería ilógico con el modelo subsidiario de la Convención Americana. Es decir, los mínimos impuestos por la CADH no pueden alzarse o comportarse como unos máximos en los que los órganos parlamentarios se verían ampliamente limitados para estructurar exigencias de la realidad social y el orden jurídico correspondiente. Pero esto, por supuesto, no nos debe llevar a convalidar cualquier tipo de proceso o sistema –con o sin soporte constitucional– que pueda restringir derechos políticos mediante dudosos e insabidos objetivos (como el combate a la corrupción), más cuando esos procesos o sistemas no distinguen entre los cargos de elección popular y la función pública. Y para poder definir su adecuación convencional el *test de proporcionalidad* tiene un papel de indudable relevancia.

Con lo dicho hasta aquí resta por extraer algunas consecuencias respecto de la aplicación del *test* de proporcionalidad por la Corte Interamericana cuando se trata del derecho de sufragio pasivo –y en general de los derechos democráticos– teniendo previamente como antecedentes casos bastante dispares en sus contextos, pero que de alguna u otra forma significaban cuestionamientos a la aplicación de restricciones al ejercicio de este derecho. En primer lugar, la tendencia de su aplicación en términos cuantitativos puede decirnos muy poco, pero bien puede tomarse el **Caso López Mendoza** como una excepción en su aplicación debido al criterio fuerte de exclusividad de la justicia penal, pero ahora con el **Caso Argüelles y otros** parece reconducirse hacia la certeza de que así sea una restricción proveniente del ámbito penal también tendrá que ser objeto del principio de proporcionalidad. En otras palabras, los casos por venir referentes a controversias que atañen a restricciones en el ejercicio del derecho a ser elegido tendrán definitivamente que ser analizados por el tamiz de dicho *test*, no parece que pueda prescindirse fácilmente de este. Ahora bien, en términos cualitativos, debido a la resistencia de las restricciones penales en el contexto de la Convención Americana parece necesario seguir cuestionando sus necesidades y objetivos para con unos derechos que además de ser fundamentales tienen una naturaleza ciudadana y democrática que no puede ser soslayada. Es decir, si la ciudadanía tiene una función incluyente, el derecho de sufragio pasivo lo ejercen muy pocas personas y la democracia

no se termina en las rejas de las prisiones, poco hacen esas restricciones para los fines de la democracia.

Por último, se debe indicar también la emergencia de otro asunto con condiciones similares al del **Caso López Mendoza** en el sistema interamericano de derechos humanos, y que, por otro lado, ha llamado la atención de la doctrina por la controversia generada a su alrededor y su posible relevancia para la jurisprudencia interamericana del derecho de sufragio pasivo.⁸⁴⁶ Se trata del caso del Alcalde Mayor de Bogotá, el señor Gustavo Petro, a quien también mediante procedimiento disciplinario (autoridad administrativa) le fue impuesta una sanción de inhabilitación por quince años, además de la destitución del cargo de elección popular que desempeñaba en esos momentos.⁸⁴⁷ En el contexto de la demanda (P-1742-13) tramitada ante la Comisión Interamericana (sobre la que tendrá que emitir el informe respectivo, pudiendo encontrar bases suficientes para admitir su estudio y, ulteriormente, pronunciarse sobre el fondo del asunto) dos organizaciones de la sociedad civil colombiana le solicitaron a este órgano dictara medidas cautelares para evitar un daño irreparable a las personas o al objeto de esa queja.⁸⁴⁸ Por lo que, a principios de 2014, la Comisión Interamericana resolvió emitir una medida cautelar de indudable relevancia a favor del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, soportada en gran medida en los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana en el **Caso López Mendoza**,⁸⁴⁹ solicitándole al Estado colombiano la suspensión inmediata de los efectos de la decisión de la Procuraduría General de la República, “a fin de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del

⁸⁴⁶ AMAYA, Jorge Alejandro y LOIANNO, Adelina, “Derechos políticos y medidas cautelares de la CIDH. Reflexiones e interrogantes del caso «Gustavo Petro»”, op. cit., pp. 295-321, y NIKKEN, Pedro, “Los derechos políticos como derechos humanos”, op. cit., p. 70. Dado que el caso involucra un alto cargo de elección popular, de la capital de Colombia, y el perfil político del perjudicado (en tanto pertenece a un partido político de la oposición), tuvo un manifiesto e importante seguimiento de los diversos medios de comunicación social. Basta con mencionar la manifestación multitudinaria de ciudadanos que se concentró en la plaza del Ayuntamiento de Bogotá, una de las principales de la ciudad, en apoyo de Gustavo Petro y para protestar en contra de su destitución e inhabilitación.

⁸⁴⁷ En el foro colombiano algunos autores ya se habían posicionado sobre la falta de compatibilidad del sistema de sanciones provenientes de la autoridad administrativa, en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, con la Convención Americana (en específico con el artículo 23). Sobre este punto, véase REYES KURI, Juan F., “La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado, núm. 23, diciembre de 2009, pp. 147-173.

⁸⁴⁸ CIDH, Resolución 5/2014, medida cautelar No. 374-13, Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia, de 18 de marzo de 2014, párr. 1.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, párrs. 14 y 15.

señor Gustavo Francisco Petro Urrego y pueda cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá D. C. el 30 de octubre de 2011”.⁸⁵⁰

Dicha resolución abrió un capítulo áspero en la discusión del cumplimiento de las decisiones de la Comisión Interamericana en el orden interno de los Estados, y muy en especial de las concernientes a las medidas cautelares.⁸⁵¹ En un primer momento, el Estado colombiano optó por negarse abiertamente a acatar la resolución de medidas cautelares de la Comisión Interamericana, continuando con las acciones pertinentes para la destitución del alcalde mayor Gustavo Petro (Decreto 570/14 del Presidente de la República), sin embargo, en un segundo momento, el Estado colombiano dio cumplimiento a la resolución de la CIDH cuando un tribunal interno ordenó su acatamiento, volviendo el señor Gustavo Petro a ocupar su cargo.⁸⁵²

Más allá de la discusión del cumplimiento de las decisiones de la CIDH (lo que en el fondo cuestiona su obligatoriedad y queda lejos del objeto de estudio de este trabajo), si el asunto del Alcalde Mayor de Bogotá –de mayor relieve por sus repercusiones políticas y mediáticas– llega a la Corte Interamericana teniéndose en cuenta la interpretación que ha hecho del artículo 23.2 CADH, muy probablemente Colombia sea condenada por la vulneración del derecho de sufragio pasivo del señor Gustavo Petro y, lo que resulta más importante, tendrá que modificar su sistema de inhabilitación de funcionarios públicos y representantes políticos. En los términos en que se encuentra el régimen de restricciones del derecho de sufragio pasivo existente en Colombia,⁸⁵³ resulta en demasía similar al sistema utilizado en Venezuela, mismo por el que fue condenado el Estado venezolano por la Corte Interamericana en el ya visto **Caso López Mendoza**. Sin embargo, hay que indicar cierto elemento relevante que cambia el panorama en el caso de Gustavo Petro. Mientras en el **Caso López Mendoza** se trataba de un candidato potencial, quien no se encontraba desempeñando cargo de elección popular alguno, el caso en cuestión trata de alguien que se encontraba en el ejercicio del cargo. En efecto, Gustavo Petro había sido elegido para determinado período en elección popular, por lo que las variables teóricamente cambiarían,

⁸⁵⁰ Ibídem, párr. 20.

⁸⁵¹ Desde la perspectiva del derecho internacional, los perfiles del debate pueden observarse en la discusión que sostuvieron dos profesores colombianos en el blog jurídico gestionado por el profesor Carlos Espósito, *Aquiescencia* (aquiescencia.net) con cuatro entradas fechadas el 24 y 26 de marzo de 2014, respectivamente.

⁸⁵² Cfr. AMAYA, Jorge Alejandro y LOIANNO, Adelina, op. cit., p. 300.

⁸⁵³ REYES KURI, Juan F., op. cit., pp. 163 y ss.

principalmente en lo que atañe, por un lado, a la etapa o momento en que se ve afectado el derecho de sufragio pasivo, es decir, aparece afectada la garantía de ejercicio y no la garantía de acceso, y por el otro, a posibles daños o vulneraciones a la esfera colectiva del ejercicio del derecho de sufragio pasivo. En este sentido, cabría cuestionarse si la decisión de la autoridad administrativa puede sobreponerse a la decisión del pueblo tomada en las urnas, vulnerando el mandato que le fue conferido a ese ciudadano.

III. JURISPRUDENCIA CONEXA: ERRADICACIÓN DE OPOSITORES POLÍTICOS Y ACCESO A LA FUNCIÓN JUDICIAL (2004-2014)

1. *Derecho de sufragio pasivo y jurisprudencia conexa*

De forma conexa⁸⁵⁴ dos bloques distintos de la jurisprudencia interamericana, el que por un lado recoge el tema de la erradicación violenta de opositores o minorías políticas y, por el otro, el que trata el derecho de acceso a las funciones públicas (enfocado especialmente a las garantías inherentes de la función judicial), tienen un significativo enlace con el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Este enlace o conexión viene dado de forma indirecta, ya que la jurisprudencia que se abordará en este apartado da una mejor perspectiva del contenido de este derecho, en tanto lo delimita externamente.

Se abordará, en primer lugar, un conjunto de sentencias que muestra la cara más grave de negación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo y, en general, de la participación política, adoptándose un concepto general (erradicación) que engloba tres facetas principales: ejecución extrajudicial, desaparición forzada y agresiones contra defensores de derechos humanos.⁸⁵⁵ En segundo lugar, se hará un recuento de una sólida línea jurisprudencial que la Corte Interamericana ha ido perfilando en torno a la

⁸⁵⁴ Se utiliza la expresión simple del adjetivo, que según el *Diccionario de la Real Academia de la lengua española*, 22a. ed., es lo “[d]icho de una cosa: que está enlazada o relacionada con otra”.

⁸⁵⁵ La sistematización que se adopta sigue en gran medida los tópicos principales a los que se ha enfrentado la jurisdicción interamericana, pero también está basada en la dogmática penal, que distingue entre una ejecución, una desaparición y una agresión, es decir, hipótesis o supuestos distintos de gravedad en contra de la vida o integridad de una persona. Por ello, si nos centramos en la materia política (donde hay una motivación específica), me parece que el sentido de la erradicación –erradicar, es «arrancar de raíz»– es donde pueden agruparse en general esos tópicos, cfr. *Ibíd.*

figura del juez y, en este sentido, es el mejor ejemplo de la diferenciación existente entre los cargos públicos y los cargos de elección popular, aunado a que la función judicial, en comparación con las otras ramas de la función pública, encuentra en el ámbito regional de los derechos humanos el reconocimiento de garantías reforzadas para desarrollar sus actividades.

2. Erradicación de opositores políticos y líderes comunitarios

Ya en estos momentos, se habrá advertido con razón que el principal derecho en juego al que se hará referencia es el derecho a la vida, un derecho absoluto, que acepta pocos o nada de matices cuando se trata de su reconocimiento, protección y garantía, como por cierto aparece consagrado en el artículo 4 CADH⁸⁵⁶ y sobre el que la Corte Interamericana ha dicho que “[...] juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser el presupuesto esencial para la realización de los demás derechos”.⁸⁵⁷ En esta medida, el ejercicio y pleno goce de los derechos políticos depende de la existencia de las personas, es decir, ante la pérdida de la vida, el bien jurídico máspreciado, la participación y representación política ciertamente pasen a segundo plano.

No obstante lo anterior, en algunas regiones del mundo la utilización sistemática y permanente, por gobiernos o grupos fácticos de poder, de métodos violentos de eliminación de adversarios políticos o de la oposición, que en muchas de las ocasiones han sido elegidos popularmente, tiene consecuencias relevantes especialmente en determinadas comunidades (indígenas y campesinas) que pierden a sus líderes y representantes políticos originales, afectando en alguna medida a toda la sociedad.⁸⁵⁸ En este sentido, si bien no se discute que el derecho a la vida sea la violación principal involucrada en los casos de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de opositores y líderes políticos, también es cierto que los efectos de estos hechos terminan por afectar los derechos políticos, no solo del individuo que ha sufrido el agravio sino

⁸⁵⁶ Sobre su complejidad y evolución en el sistema interamericano, véase MEDINA QUIROGA, Cecilia, op. cit., en específico el epígrafe “El derecho a la vida”, pp. 59-136.

⁸⁵⁷ SCorteIDH, «Niños de la calle» (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala* (Fondo), de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

⁸⁵⁸ Para O’Donell, “[l]a eliminación e intimidación de dirigentes, militantes y hasta partidos y organizaciones políticas mediante la ejecución extrajudicial, la desaparición o la detención arbitraria es la forma más cruda de negar el derecho a participar en la vida política”, O’DONNELL, Daniel, op. cit., p. 749.

además para las comunidades de pertenencia, es decir, es una violación doble y en dos niveles o dimensiones, la individual y la social, según podrá observarse en los casos que serán analizados.

En este sentido, la disyuntiva que se plantean García Roca y Dalla Vía⁸⁵⁹ es un cuestionamiento relevante hacia la técnica adoptada por la Corte Interamericana cuando subsume en la violación del derecho a la vida también violaciones a los derechos políticos, una técnica de «afectación múltiple», por *acumulación*. Se muestran partidarios de enfocar la atención en la violación principal, esto es, la pérdida de la vida, debido al carácter de derecho absoluto y que por su naturaleza otorgaría una mayor protección a los actores, que tratando de construir violaciones menores asentadas en derechos de configuración legal, como es la participación política. Concluyendo con escepticismo al respecto: “Acaso [...] la Corte de San José piense que con esta construcción se obtiene un mayor impacto político ante la propia opinión pública del Estado demandado y las de los demás países de su entorno. Quizás sea más eficaz, pero no estamos seguros de ni ese mayor impacto ni de que resulte técnicamente adecuado”.⁸⁶⁰

La erradicación de opositores políticos⁸⁶¹ a la que se hace referencia se manifiesta fundamentalmente en las figuras de la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada. La pena de muerte o pena capital, que en términos literales sería una ejecución judicial, es decir, decretada por un tribunal judicial conforme con las leyes vigentes, es de donde parte la expresión «ejecución extrajudicial», una ejecución que queda «fuera de» la ley.⁸⁶² En la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, no se tiene la certeza de la muerte del individuos o individuos que sufren

⁸⁵⁹ La enuncian en el encabezado de uno de los epígrafes de su trabajo, GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., op. cit., p. 245, que dice lo siguiente: “2.4 ¿La ejecución o desaparición de opositores políticos es una violación del derecho a la vida o de derechos políticos?”.

⁸⁶⁰ Ídem.

⁸⁶¹ La historia occidental está plagada de múltiples y variados ejemplos de eliminación definitiva, de raíz se puede decir, de oponentes políticos, desde el conocido episodio de ejecución de Julio César, en la antigua Roma, hasta las llamadas «purgas» de Stalin en la antigua URSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas). Obviamente, en la antigüedad el uso de la fuerza y la violencia, como método de erradicación, tenía un uso más extendido, pero esto, por supuesto, no debe llevar a justificar que en la actualidad siga teniendo vigencia y fundamento.

⁸⁶² Al respecto de la pena de muerte y los avances en el sistema interamericano de derechos humanos para su abolición de los sistemas penales de la región, véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte”, en MUÑOZ AUNIÓN, Antonio (coord.), *Por la abolición de la pena de muerte*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 229-263, destacándose dentro de la doctrina jurisprudencial de dicho tribunal la Opinión consultiva OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte*, de 8 de septiembre de 1983.

la agresión. Según el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, “[...] se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. Empero, en términos prácticos, la desaparición forzada –cuando perdura durante varios años o de forma permanente e indefinida– puede llegar a tener los mismos efectos que la ejecución extrajudicial, en tanto en los hechos se impide el ejercicio de los derechos políticos de aquellas personas desaparecidas, hay una forma análoga de muerte política.

Ambas figuras referidas fueron práctica cotidiana en muchos lugares de América durante el pasado siglo, en la región sur principalmente durante los regímenes militares la denominada «operación cóndor» demuestra el elevado grado de la práctica sistemática de eliminación de adversarios políticos,⁸⁶³ en México durante las décadas de los ochenta y noventa existen casos documentados de persecución y ejecución de contrincantes y opositores políticos vinculados a los partidos políticos de izquierda.⁸⁶⁴

Con la instauración de la democracia en casi la totalidad del continente, así como la creación de órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos humanos, y el diseño de nuevas instituciones especializadas en la administración y el control de los procesos electorales (árbitros de las contiendas electorales), favorecieron la disminución de dichas prácticas. Las disputas y rencillas se trasladaron, en lo posible, a los tribunales y mecanismos institucionales de resolución de

⁸⁶³ Cfr. GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos...*, op. cit., p. 37. Algunos de los casos que ha resuelto la Corte Interamericana están vinculados directamente con las consecuencias de la llamada «operación cóndor», entre otros, *Goiburú y otros vs. Paraguay* (Fondo, reparaciones y costas), de 22 de septiembre de 2006, y *Gelman vs. Uruguay* (Fondo y reparaciones), de 24 de febrero de 2011. Como nota curiosa, debe traerse a cuenta que el *Caso Goiburú y otros* ha sido uno de los pocos casos donde no se ha celebrado audiencia pública, situación que fue duramente criticada por el juez Cançado Trindade en su *Voto Razonado* y que –según alude dicho juez– impidió que la Corte Interamericana pudiera profundizar con mayor detalle en la «sombra Operación Cóndor», cfr. párrs. 21 y 22.

⁸⁶⁴ Sobre el particular, entre otros, SCHATZ, Sara, *Murder and Politics in Mexico: Political Killings in the Partido de la Revolución Democrática and its Consequences*, New York, Springer, 2011, pp. 116 y ss. Esta autora, desde una perspectiva más sociológica, se posiciona en una vertiente que argumenta que el asesinato político (que para el discurso de este trabajo sería una ejecución extrajudicial por motivos políticos) es una forma específica de represión política, distinta a la tortura o los prisioneros políticos, lo que en el fondo agregaría otros costos para los gobiernos tanto en el ámbito interno como en el internacional, cfr. *Ibíd.*, p. 2.

controversias electorales. Aunque el panorama ha mejorado, los métodos de erradicación de personas por motivos políticos siguen estando latentes en el continente y es la muestra más grave, radical, para frenar las pretensiones de los ciudadanos de ejercer su derecho a ser elegidos, o retomando las palabras de O'Donnell, «es la forma más cruda de negar el derecho a participar en la vida política».⁸⁶⁵

Por último, antes de entrar en el análisis de los casos, cabe resaltar –aunque sea una obviedad– que el panorama en el que fueron resueltos por la Corte Interamericana, siendo las sentencias pronunciadas entre 2004 y 2014, es distinto al que prevalecía cuando ocurrieron los hechos de los casos, particularmente en las décadas de los ochenta y noventa.

A. Ejecución extrajudicial

En el **Caso Carpio Nicolle y otros**,⁸⁶⁶ de forma previa, se alcanza a percibir la preocupación de la Corte Interamericana por involucrarse en la interpretación de los derechos políticos, dada su importancia para el funcionamiento de la democracia en la región, sin embargo, debido al reconocimiento durante el proceso contencioso por parte del Estado demandado de su responsabilidad internacional por la violación de varios artículos de la Convención Americana, entre los que se encontraba precisamente el 23, la Corte Interamericana decidió inhibir un análisis *in extenso* del fondo de esta violación.⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ O'DONNELL, Daniel, op. cit., p. 749.

⁸⁶⁶ SCorteIDH, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), de 22 de noviembre de 2004. Este caso también resulta significativo porque constituye en la evolución de la casuística jurisprudencial interamericana la primera ocasión en que se reconoce la violación del artículo 23 de la Convención Americana. En este sentido, el ya mencionado **Caso YATAMA**, aunque debidamente es la sentencia que abre la discusión del contenido del derecho de sufragio pasivo, fue la segunda ocasión en que la Corte Interamericana señala la violación de dicho artículo.

⁸⁶⁷ No es una regla fija que siendo reconocida la responsabilidad internacional por parte del Estado demandado, la Corte Interamericana inhiba algún tipo de pronunciamiento específico respecto de las violaciones presentes en el respectivo asunto. En un caso posterior, **Caso Manuel Cepeda Vargas** –que también será analizado más adelante–, dicho tribunal estimó conveniente desarrollar sus consideraciones, no obstante el reconocimiento que había hecho el Estado colombiano de su responsabilidad internacional por la violación del artículo 23 CADH.

La ejecución del señor Jorge Carpio Nicolle a manos de miembros de grupos paramilitares tuvo –según concluyó la Corte Interamericana– una motivación política.⁸⁶⁸ El actor, político y periodista guatemalteco,⁸⁶⁹ el 3 de julio de 1993 se dirigía, en compañía de una numerosa comitiva, a realizar actividades proselitistas de su partido político cuando fueron rodeados y atacados por miembros del grupo paramilitar Patrullas de Autodefensa Civil (PAC). En ese lugar varios miembros de la comitiva fueron ejecutados, entre los que se encontraba el señor Carpio Nicolle, a quien le dispararon a quemarropa, perdiendo posteriormente la vida. En 1983, había sido miembro fundador del partido político Unión del Centro Nacional (UCN), que se convirtió en uno de los principales partidos políticos en las contiendas electorales y con una amplia representación en el Parlamento. En 1985 fue postulado como candidato presidencial, quedando en segundo lugar. Según los especialistas, tenía grandes posibilidades de ganar las elecciones presidenciales de 1994, en las cuales iba a contender.⁸⁷⁰

En este primer caso, por otra parte, queda un dato importante que debe retenerse en la evolución que más adelante será descrita de los efectos de las vulneraciones al ejercicio de los derechos políticos, que la Corte Interamericana irá extendiendo de lo individual a lo colectivo. Así, en principio, señalará que el señor Carpio Nicolle era el único perjudicado tratándose del ejercicio de los derechos políticos.⁸⁷¹

Con el **Caso Escué Zapata**,⁸⁷² ya con el antecedente resuelto del **Caso YATAMA**,⁸⁷³ la órbita de la discusión tiende a moverse hacia las afectaciones producidas de cara a la comunidad de pertenencia de los líderes o representantes

⁸⁶⁸ Cfr. SCorteIDH, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), de 22 de noviembre de 2004, párr. 77.

⁸⁶⁹ Tenía además una larga y reconocida trayectoria en el ámbito periodístico. Fundó, en 1963, el diario “El Gráfico”, segundo medio escrito de mayor circulación en Guatemala, que se había caracterizado por su postura crítica al gobierno y el señalamiento de casos de violaciones de derechos humanos, especialmente los que se referían a los militares.

⁸⁷⁰ Según el informe pericial de Marco A. Sagastume: “[e]l señor Carpio Nicolle se proyectaba como el futuro ganador de las elecciones de 1994, ya que era líder de una comunidad y rescataba el respeto necesario a los derechos humanos, especialmente de las poblaciones indígenas de Guatemala”, ibídem, párr. 69.f.

⁸⁷¹ Cfr. Ibídem, párr. 82.g. A pesar de que, según entiendo, ya había elementos similares que también estarán presentes en los posteriores casos (reconocido liderazgo político, membresía activa en un partido político que puede encontrarse en la oposición o ser una minoría, pérdida de un potencial representante popular y con ello la voz de un sector de pensamiento específico en el debate de los asuntos públicos), y que serán los que la Corte Interamericana utiliza para evidenciar los perjuicios en la comunidad producidos por la violencia radical encaminada a la eliminación de líderes u opositores políticos. Pero ya se verá con mayor detalle en los siguientes casos.

⁸⁷² SCorteIDH, *Escué Zapata vs. Colombia* (Fondo, reparaciones y costas), de 4 de julio de 2007.

⁸⁷³ Véase *supra*.

políticos. Más allá de la cuestión principal de fondo discutida –la ejecución extrajudicial del señor Germán Escué Zapata cometida por agentes estatales– y a que no pudo demostrarse la violación de los derechos políticos, ni la existencia de motivos políticos como móvil de la ejecución extrajudicial,⁸⁷⁴ este caso resulta significativo para la interpretación general del artículo 23 CADH porque reafirma, en el punto específico de la configuración de posibles violaciones, su carácter particular respecto del conjunto de artículos que integran la Convención Americana. En este sentido, la Corte Interamericana vendrá a decir que “[...] los derechos políticos establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana tienen, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio”.⁸⁷⁵ Con lo que refuerza su carácter fundamental, no residual, al momento de señalarse por los demandantes posibles violaciones a la Convención Americana, ya que –como sucedió en el caso en particular– no es suficiente que hechos reprobables, como lo es la ejecución extrajudicial de una persona y con ello la violación del derecho a la vida protegido en el artículo 4 CADH, también alcance para encontrar violados otro tipo de derechos, como los políticos, sin señalarse una vulneración al «contenido jurídico específico del artículo 23». ⁸⁷⁶

La determinación de la condición del actor de ser líder (indígena) comunitario y representante político fue uno de los puntos más discutidos. Probablemente si la Corte Interamericana hubiera alcanzado mayor certeza en esto, habría tenido mejores elementos para señalar con claridad los motivos políticos en el móvil de su ejecución extrajudicial y poder referirse a las afectaciones a la comunidad de pertenencia, misma que se ve privada de sus representantes, candidatos o líderes, esto es, efectos adversos en el ejercicio colectivo de los derechos políticos.

En un primer momento, la Corte Interamericana al analizar la violación relativa al artículo 4 CADH, se encuentra con pruebas contradictorias que le dificultan determinar el cargo específico que desempeñaba el actor en el momento que ocurrieron

⁸⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, párr. 63.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, párr. 122.

⁸⁷⁶ Ídem. Esto en clara coordinación con la idea que ya se había anticipado de que “[...] la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación [...] de otros derechos consagrados en la Convención Americana”, ídem, que es reiteración de jurisprudencia asentada en la SCorteIDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Fondo), de 25 de noviembre de 2000, párr. 180.

los hechos de su ejecución,⁸⁷⁷ llevada a cabo por miembros del ejército colombiano. Sin embargo, dicho tribunal estimó que, en términos prácticos, esta cuestión formal de saber si era «Gobernador Principal», «Gobernador Suplente», «Secretario», o simplemente miembro del Cabildo, según las pruebas que le fueron presentadas por las partes, no podía omitir la cuestión fáctica del “[...] liderazgo de hecho dentro de la comunidad a la que pertenecía y, además de haber ocupado el cargo de Cabildo en 1986, [...] tenía a su cargo una serie de tareas que la Comunidad le había confiado, entre las que destaca su trabajo en la tienda comunitaria. El liderazgo activo de Germán se dio por sus aptitudes personales y su capacidad de leer, escribir y hacer cuentas, así como por la preparación que recibió con ese propósito”.⁸⁷⁸

Posteriormente, ya en el análisis de la alegada violación del artículo 23 CADH, la Corte Interamericana retomando uno de los informes periciales presentados en el proceso contencioso, “[...] reconoce que la pérdida de un líder para el Pueblo Paez significó una «desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y, sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyados por su [C]omunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial»”.⁸⁷⁹

Con lo que regresando al señalamiento que se hizo al inicio de este caso, la *pérdida de los representantes* para las comunidades indígenas, quienes también desempeñan funciones sociales, no solo de representación política, tiene un mayor impacto de lo que podría comúnmente estimarse para las sociedades mayoritarias. El daño a la comunidad tiene traducción en términos de pérdida de representación política y, en consecuencia, en el ejercicio de los derechos políticos.

Quizás el **Caso Manuel Cepeda Vargas**,⁸⁸⁰ último del conjunto de casos que presentan las características de ejecución extrajudicial de opositores políticos o líderes comunitarios, dada la comprobación de planes sistemáticos que incluían amenazas, hostigamiento, atentados, persecución, y principalmente el objetivo de eliminar violentamente a determinados grupos de la oposición política, de los que era líder el señor Cepeda Vargas, es el que de manera más profunda y palpable muestra las

⁸⁷⁷ Cfr. *Ibíd.*, párr. 57.

⁸⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 58.

⁸⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 124.

⁸⁸⁰ SCorteIDH, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones), de 26 de mayo de 2010.

afectaciones al ejercicio de los derechos políticos, teniendo un peso destacado el derecho de sufragio pasivo, al desempeñar la víctima el cargo parlamentario de Senador de la República.

Aquí, a diferencia de lo sucedido en el **Caso Carpio Nicolle y otros**, el reconocimiento de responsabilidad internacional que hizo el Estado demandado por la violación de los derechos políticos no impidió que la Corte Interamericana estimara que era necesario pronunciarse y desarrollar las consideraciones pertinentes, contribuyendo con esto a la diversificación de su doctrina en esta materia, principalmente en cuanto a las obligaciones estatales de crear las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de la participación política, tratando de evitar en la medida de lo posible que el ejercicio del mandato representativo se vuelva una actividad de riesgo personal y colectivo.

En primer término, la íntima interrelación existente entre los derechos y las libertades políticas se remarca en este caso. Suscitada por las alegaciones de los representantes de la víctima, para quienes Cepeda Vargas ejercía los derechos consagrados en los artículos 13, 16 y 23, todos de la CADH, de «manera continua, simultánea e interrelacionada»,⁸⁸¹ la Corte Interamericana sintonizará con este enfoque, señalando que “[s]i bien cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, en ciertas ocasiones, por las circunstancias particulares del caso o por la necesaria interrelación que guardan, se hace necesario analizarlos en conjunto para dimensionar apropiadamente las posibles violaciones y sus consecuencias”.⁸⁸²

Ahora bien, las funciones y actividades políticas que ejercía el actor, entre las que se incluían las parlamentarias, inherentes a su cargo de Senador, de liderazgo en los partidos políticos de militancia (Partido Comunista Colombiano y Partido Unión Patriótica), y de comunicación social a través de una columna semanal, se desarrollaban en un contexto poco propicio, de desprotección, para quienes se presentaban como opositores políticos. En efecto, precisamente será el factor de la oposición política organizada y con representación en los órganos parlamentarios el que marca el carácter de este caso, por lo que la Corte Interamericana subrayará su trascendencia, algo que por otro lado no se había hecho presente en casos anteriores:

⁸⁸¹ *Ibíd.*, párr. 169.

⁸⁸² *Ibíd.*, párr. 171.

“[...] las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.⁸⁸³

Con lo cual se pone en el centro de la discusión la fase de «ejercicio» del derecho de sufragio pasivo, que debe ser pleno, es decir, si bien se tiene que garantizar por los Estados miembros el «acceso real y efectivo» a este derecho, que sería la primera parte del trayecto, no puede menos que también, de forma lógica y coherente con el sistema democrático que busca la representación de todos los ciudadanos en la discusión de los asuntos públicos, asegurarse que de forma continuada aquellos que han accedido a un cargo público tengan las condiciones necesarias para cumplir con su encargo, sin amenazas ni presiones de índole inhibitoria de su postura o ideas políticas.

En este sentido, lo que encuentra la Corte Interamericana en este caso es que “[...] el Estado no generó condiciones ni las debidas garantías para que, como miembro de la UP en el contexto referido, el Senador Cepeda tuviera una oportunidad real de ejercer el cargo para el que fue democráticamente electo”.⁸⁸⁴

Por otro lado, resulta interesante observar que dentro del sistema de restricciones legítimas impuestas al derecho de sufragio pasivo, que se encuentran reguladas en el orden jurídico, también aparecen en las realidades locales las llamadas restricciones ilegítimas⁸⁸⁵ que vienen de la mano de situaciones o contextos de violencia generalizada. Así, en opinión de la Corte Interamericana: “[...] las amenazas y la desprotección deliberada que enfrentó el Senador Cepeda Vargas, motivadas por su participación en los espacios democráticos a los que tenía acceso, se manifestaron en restricciones o presiones indebidas o ilegítimas de sus derechos políticos, de libertad de expresión y de libertad de asociación, pero también en un quebrantamiento de las reglas del juego democrático”.⁸⁸⁶

⁸⁸³ *Ibíd.*, párr. 173.

⁸⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 176.

⁸⁸⁵ Sobre estas ya se había llamado la atención en el capítulo I.

⁸⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 177.

En último término, la Corte Interamericana define su posición con respecto a los métodos de violencia, en especial el de la ejecución extrajudicial, utilizados en el continente para frenar a las minorías políticas que se encuentran en la oposición. Por supuesto, como cabría esperar, es una posición favorable al destierro de su manifestación presente y futura en el continente, en los siguientes términos: “[...] la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas no sólo implica la violación de diversos derechos humanos, sino que atenta contra los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho y vulnera directamente el régimen democrático, en la medida que conlleva la falta de sujeción de distintas autoridades a las obligaciones de protección de derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente y a los órganos internos que controlan su observancia”.⁸⁸⁷

B. *Desaparición forzada*

El **Caso Chitay Nech y otros**⁸⁸⁸ es el lado opuesto de lo acontecido en el referido **Caso Escué Zapata** –donde no pudieron acreditarse motivos políticos en la ejecución extrajudicial del líder comunitario–, con la diferencia de que ahora el detonante de la controversia es la forma delictiva de la desaparición forzada.⁸⁸⁹ Será el contexto probado de persecución, hostigamiento, violencia y represión generalizada hacia los líderes y representantes indígenas, por el gobierno y el ejército guatemaltecos,⁸⁹⁰ lo que permita a la Corte Interamericana desarrollar de mejor forma una argumentación donde se refleja, paralelamente, la afectación individual del derecho de participación política del señor Florencio Chitay Nech y la afectación a la comunidad de pertenencia al privársele de sus representantes políticos.

⁸⁸⁷ Ídem.

⁸⁸⁸ SCorteIDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de 25 de mayo de 2010.

⁸⁸⁹ Sobre el derecho a la integridad personal, véase CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, Valladolid, Lex Nova, 2006; el tratamiento específico en el sistema interamericano, MEDINA QUIROGA, Cecilia, op. cit., en específico el epígrafe “Derecho a la integridad personal”, pp. 137-210; y, en clave comparada entre los sistemas regionales americano y europeo, CANOSA USERA, Raúl, FIX ZAMUDIO, Héctor y CORZO SOSA, Edgar, “El derecho a la integridad personal”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), op. cit., pp. 137-184.

⁸⁹⁰ La Corte Interamericana concluirá que “[e]l móvil dentro del cual se presenta la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros miembros que ejercían cargos públicos, demuestra la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política que atentara a su política de «Doctrina de Seguridad Nacional»”, ibídem, párr. 108.

El actor, dirigente político de la comunidad indígena maya *kaqchikel*, fue objeto de desaparición forzada en la ciudad de Guatemala, en una operación ejecutada por hombres armados, el 1 de abril de 1981. Durante los años previos a su desaparición se había desempeñado como Concejal Primero en el Consejo Municipal de San Martín Jilotepeque, cargo que ganó en las elecciones municipales de 1977 siendo candidato del Partido Democracia Cristiana Guatemalteca, para después ser designado Alcalde del municipio durante 1980.

Dadas las características de violaciones a los derechos de participación política de miembros de pueblos indígenas, la sintonía con el **Caso YATAMA** resulta más evidente y por ello no sorprende que sea la doctrina emanada de ese caso la que utilice la Corte Interamericana para referirse a las condiciones generales que deben de prevalecer en el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 23 CADH. Por lo que en esa secuencia doctrinal debe insertarse la pauta adicional que enuncia en el presente caso: “[...] el derecho a una participación política efectiva implica que los ciudadanos tienen no sólo el derecho sino también la posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos”.⁸⁹¹ En mi opinión, hasta cierto punto esto puede parecer redundante, ya que en el derecho subjetivo de participación política, que cristaliza en el derecho de sufragio pasivo, quedan incluidos los deberes estatales, positivos y negativos, de hacer posible el ejercicio efectivo de tal derecho de los ciudadanos, empero no está de más la reafirmación y decir que esa «posibilidad de participar» es una clara referencia a las obligaciones positivas que tienen que implementar los Estados para asegurar que quienes pretendan convertirse en representantes políticos, puedan hacerlo, sin poner en riesgo su vida.

Respecto de las aludidas consecuencias individuales, la Corte Interamericana estimó que “[...] con el hostigamiento y posterior desaparición de Florencio Chitay no sólo se truncó el ejercicio de su derecho político dentro del período comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios”⁸⁹² y, en el nivel colectivo, señaló: “[...] la comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social, y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la

⁸⁹¹ *Ibídem*, párr. 107.

⁸⁹² *Ibídem*, párr. 113.

representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático”.⁸⁹³

Ahora bien, en este caso –al igual que en el referido **Caso Escué Zapata**– surge una arista que, desde mi punto de vista, agrava la transgresión hacia el ejercicio de los derechos políticos de grupos indígenas, situación que debe ser subrayada. Se trata de la ruptura del proceso de preparación o formación de los líderes indígenas y que difiere, en cierta medida, del sistema típico de reclutamiento presente en las sociedades mayoritarias. En el caso indígena, que puede definirse en términos básicos como un sistema vocacional, la selección y formación comienza en una etapa temprana de la niñez y continúa de por vida, hasta la vejez,⁸⁹⁴ por ello la pérdida de sus representantes por hechos violentos o de represión no solo tienen efectos presentes sino futuros para el liderazgo indígena de esa comunidad.

Ya en el **Caso Escué Zapata** la Corte Interamericana de forma aproximativa llama la atención respecto de afectaciones al proceso de formación del liderazgo indígena cuando se ejercen acciones extremas de violencia en contra de los líderes comunitarios,⁸⁹⁵ pero es en el **Caso Chitay Nech y otros** donde vuelve a poner el dedo sobre el renglón y se muestran las posibles consecuencias negativas, a través de uno de los informes periciales que adopta en sus consideraciones:

“Por historia, por tradición, por costumbre y por buena fe muchos de los dirigentes en el país se nacen, se forman y se ponen sus conocimientos al servicio de la comunidad, todo dirigente comienza un proceso desde el más pequeño cargo hasta el más alto cargo[.] [...] Cuando las comunidades vieron perder uno a uno a sus líderes también con ellos se fue cerrando una esperanza al desarrollo. Todo liderazgo significó una pérdida muy profunda y un retroceso muy grande para nuestros pueblos porque cada liderazgo que crece, es por su don de servicio, por su don de conducción, por su don de poder escuchar y de poder orientar a la comunidad. Ya no tener un guía es el momento de la oscuridad, un líder siempre fue una luz y cuando la luz ya no

⁸⁹³ Ídem.

⁸⁹⁴ Cfr. SCorteIDH, *Escué Zapata vs. Colombia* (Fondo, reparaciones y costas), de 4 de julio de 2007, párr. 55.

⁸⁹⁵ En este sentido puede verse la inserción que hace la Corte Interamericana del fragmento de uno de los informes periciales: “[t]anto los miembros de los Cabildos como los líderes que cumplen funciones específicas en las comunidades o pueblos, representan una «inversión colectiva» por cuanto se preparan desde niños para asumir responsabilidades. No es una persona que surja de un momento para otro intempestivamente sino que es un «acumulado social» que se viene preparando desde niño para asumir responsabilidades desde su identidad y con conocimiento de los principios y valores identitarios de la comunidad”, *ibídem*, párr. 58, comillas del original.

está, prácticamente las comunidades quedaron en oscuridad sin saber que hacer para la búsqueda de soluciones a los problemas comunitarios”.⁸⁹⁶

Es en este contexto de íntima conexión de los ámbitos individual y colectivo del ejercicio del derecho de participación política que la Corte Interamericana se ve influida para introducir en su doctrina la siguiente pauta: “[...] en el desarrollo de la participación política representativa, los elegidos ejercen su función por mandato o designación y en representación de una colectividad. Esta dualidad recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación (participación directa) como en el derecho de la colectividad a ser representada. En este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho”.⁸⁹⁷

Haciendo un breve recuento de lo dicho hasta aquí, y desde la perspectiva que interesa a esta investigación, bien puede decirse que la jurisprudencia conexas en materia de erradicación de opositores políticos tiene una función de complementariedad al momento de definir los contornos o límites externos del derecho de sufragio pasivo. De ahí su valía. No obstante que en los casos vistos hasta ahora la controversia principal gira en torno al derecho a la vida, en tanto es la base fundamental para el goce y disfrute del resto de derechos, puede comprobarse que los efectos de las formas violentas, radicales, de eliminación de contrincantes políticos, no solo se limitan a la esfera individual de quien sufre directamente el agravio, sino que también afecta el derecho de la colectividad a ser representada, siendo más grave y profundo tratándose de comunidades indígenas y campesinas.

C. Agresiones

Sobre la tercera categoría referida, en los años más recientes se agregaron a la jurisprudencia interamericana dos importantes casos donde confluyen dos características peculiares, las víctimas eran defensores de derechos humanos y, a la vez, se desempeñaban en determinados cargos de elección popular. En este sentido, estos casos están más cercanos en el sistema interamericano a las coordenadas de protección de los

⁸⁹⁶ SCorteIDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de 25 de mayo de 2010, párr. 111.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, párr. 115.

defensores de derechos humanos que a la cuestión de la violación del derecho de sufragio pasivo, hasta cierto punto tangencial, ya que no siempre el defensor de derechos humanos ostentará una investidura de representante político y tampoco aparecerán los motivos políticos en las agresiones a las víctimas, es decir, el móvil no estaba relacionado directamente con el cargo que desempeñaban sino con las funciones o labores de defensa –en el primero– del medio ambiente (recursos forestales) y –en el segundo– de los derechos comunales de poblaciones rurales (sindicales, vivienda digna, educación). Sin embargo, en ambos casos la Corte Interamericana se pronuncia sobre el tema de las condiciones que deben de existir para el ejercicio del derecho a ser elegido consagrado en el artículo 23 CADH.

En el **Caso Luna López**⁸⁹⁸ vuelve a estar presente la relación del derecho a la vida con el ejercicio de los derechos políticos, o así se pretendió establecer cuando el señor Carlos Luna López, quien se desempeñaba como Regidor de la Corporación Municipal de Catacamas, fue atacado con arma de fuego, sufriendo posteriormente la muerte como consecuencia de la herida de bala. Pero a esto hay que agregar que el actor efectuaba actividades de defensa ambiental en la zona de Olancho como Jefe de la Unidad Ambiental de Catacamas, función que le fue asignada por el Alcalde de la Municipalidad, y que la Corte Interamericana constató “[...] que al momento de la muerte del señor Luna López existía en Honduras una situación de especial riesgo contra la vida de defensores ambientalistas, la cual se agravó en los años posteriores a su muerte y durante la investigación de los hechos”. En este sentido es que se dirige el móvil del asesinato y no en términos de erradicación de opositores políticos.

Ahora bien, la Corte Interamericana decide en esta ocasión hacer dependiente la violación del derecho de sufragio pasivo del resultado previo de la violación del derecho a la vida, por lo que al declarar que el Estado demandado no era responsable de violar el derecho a la vida del demandante,⁸⁹⁹ en consecuencia, tampoco se generaban afectaciones a los derechos políticos. En este sentido, la Corte Interamericana concluirá que “[...] en el presente caso no se acreditó una vulneración directa deliberada por parte del Estado a los derechos políticos de Carlos Luna López [...]”.⁹⁰⁰

⁸⁹⁸ SCorteIDH, *Luna López vs. Honduras* (Fondo, reparaciones y costas), de 10 de octubre de 2013.

⁸⁹⁹ Cfr. *Ibíd.*, párr.

⁹⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 144.

Por su parte, en el **Caso Defensor de derechos humanos y otros**⁹⁰¹ aparece la singular situación de que la Corte Interamericana encuentra la violación del derecho de ejercer el cargo público para el que había sido electa la señora B.A. y, en cambio, concluye que este mismo derecho, en el caso del señor A.A., quien también ejercía un cargo de representación popular –de hecho de mayor responsabilidad que el de la señora B.A.–, no fue vulnerado. La diferencia estribará en que en el supuesto del señor A.A. la violación del derecho de sufragio pasivo queda supeditada directamente a la declaración de la violación de su derecho a la vida, y como justamente en este último rubro la Corte Interamericana no contaba “[...] con elementos suficientes para declarar un incumplimiento por parte del Estado de su deber de proteger el derecho a la vida del señor A.A. en el ejercicio de sus labores como defensor de derechos humanos [...], tampoco se cuenta con elementos suficientes para establecer que el Estado incumplió su deber de garantizar el ejercicio de sus derechos políticos”,⁹⁰² mientras que en el caso de la señora B.A. la violación tendrá sustento en el hecho de su desplazamiento forzado de la comunidad de origen donde ejercía los cargos de Secretaria del Consejo Comunitario de Desarrollo (COCODE) de Cruce de la Esperanza y Oficial de Organización Social en la Municipalidad de Santa Lucía Cotzumalguapa, debido a las amenazas, intimidaciones y la violencia que se materializó en la agresión a su padre, el señor A.A. (la Corte Interamericana dirá que se encontraba en «una situación de riesgo real e inmediato»⁹⁰³), con lo cual materialmente se interrumpía el ejercicio de dichos cargos, los cuales requerían su presencia (residencia en el lugar), es decir, el Estado demandado –concluirá la Corte Interamericana– “[...] no garantizó las condiciones necesarias para que la señora B.A. pudiera continuar en el ejercicio de sus derechos políticos desde los cargos políticos que ostentaba”.⁹⁰⁴

Si se toma en cuenta que en la deliberación de este asunto solo estuvieron presentes cinco jueces y dos de ellos manifestaron su desacuerdo en el punto específico de la violación del artículo 23.1 CADH en perjuicio del señor A.A, se observará lo cerrado de la votación. Los jueces Caldas y Ferrer Mac-Gregor, en su *Voto conjunto parcialmente disidente*, siguiendo el hilo conductor del razonamiento de la mayoría, donde la violación del artículo 23.1 quedaba condicionada al resultado de la violación

⁹⁰¹ SCorteIDH, *Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de agosto de 2014.

⁹⁰² *Ibíd.*, párr. 189.

⁹⁰³ *Ibíd.*, párrs. 153 y 190.

⁹⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 192.

del artículo 4 (derecho a la vida), también tejen el vínculo entre ambas violaciones. En efecto, dichos jueces al argumentar que sí existían elementos suficientes (detallados en los párrafos 6 al 13) para tener por probado que el Estado guatemalteco había incumplido su obligación positiva de garantizar el derecho a la vida del señor A.A., consecuentemente estiman la existencia de la violación a sus derechos políticos, fundamentalmente por dos razones. La primera, que resulta similar a la señalada por la Corte Interamericana en la violación del derecho a ejercer el cargo público de la señora B.A., es que se interrumpió de forma definitiva el ejercicio de su cargo de Alcalde Comunitario del COCODE de Cruce de la Esperanza y, la segunda, es que “[...] al no protegerlo contra el riesgo real e inminente a su vida, el Estado tampoco garantizó las condiciones necesarias para que A.A. pudiera continuar en el ejercicio de sus derechos políticos desde el cargo político que ostentaba”.⁹⁰⁵

3. Derecho de acceso a la función pública, en especial a la función judicial

El segundo núcleo de la jurisprudencia conexa al que se hará referencia es el relativo al *derecho de acceso a la función pública*, a través preferentemente del acceso a una de las ramas que la conforman, la *función judicial*, en el entendido de que es una materia consolidada de la doctrina jurisprudencial de la Corte de San José y, en este sentido, muestra de mejor forma el tratamiento otorgado a los jueces, mismos que por su naturaleza y las funciones que llevan a cabo terminan por verse reforzados en sus garantías de acceso y ejercicio.

Según ya fue expuesto, el derecho de sufragio pasivo se encuentra regulado junto a otros derechos en un mismo artículo de la Convención Americana. Esto es así por la tradicional indicación de la literatura jurídica de su pertenencia a la categoría de los derechos políticos. Precisamente con esa denominación se rótula el artículo 23: «derechos políticos». Esto en primera instancia sugiere que los derechos allí contenidos comparten unas mismas características y naturaleza. Es cierto, son derechos de naturaleza democrática y por ello su principal característica es que requieren de un

⁹⁰⁵ *Voto conjunto parcialmente disidente* de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 20.

contexto idóneo para que puedan ser desarrollados con efectividad. Ese contexto, en nuestro tiempo, es proporcionado por el sistema de democracia representativa.

Sin embargo, este primer paso general tiene un alcance limitado para describir y analizar el funcionamiento y estructura de cada uno de esos derechos. Por ello es necesario que se analicen por separado y diferenciar los fundamentos, alcances y límites de cada uno de ellos. Así, los derechos allí contenidos de participación en los asuntos públicos, de votar, ser votado, y acceder en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas, comparten un mismo punto de partida, pero su materialización corresponde a ámbitos distintos.⁹⁰⁶

Esta situación de regulación conjunta de los derechos democráticos en un mismo artículo no es privativa de la CADH, también ocurre en el nivel constitucional⁹⁰⁷ y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁹⁰⁸

García Roca traza una línea sólida para distinguir el terreno perteneciente al derecho de sufragio pasivo (cargos de elección popular) y el derecho de acceso a las funciones públicas (funcionarios públicos). Lo hace desde tres criterios: su respectivo fundamento constitucional, objeto y lógica hermenéutica.⁹⁰⁹ Dado el fin perseguido en esta investigación la fundamentación constitucional de las disposiciones españolas tiene un interés menor, por lo que puede prescindirse de su análisis. Baste decir que ambos derechos se encuentran reconocidos dentro de la estructura normativa del artículo 23 CE.

Respecto del segundo criterio bien vale trasladar las consideraciones de dicho autor:

⁹⁰⁶ GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos...*, op. cit., p. 85.

⁹⁰⁷ El caso del artículo 23 de la Constitución de España de 1978 resulta particularmente interesante, pues por un lado el Tribunal Constitucional ha tenido la necesidad de ir profundizando en su doctrina jurisprudencial las relaciones, distintos contenidos y límites de los derechos reconocidos en este (una selección y análisis jurisprudencial puede consultarse en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *El derecho de sufragio pasivo...*, op. cit.). Además, por supuesto, ha motivado el debate académico con estudios y análisis profundos: PULIDO QUECEDO, Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, prólogo de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Civitas, 1992; FOSSAS ESPADALER, Enric, *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993; MARTÍN NUÑEZ, Esther, *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona, CEDECS, 1996; y, GARCÍA ROCA, Javier, op. cit. Respecto de la primera parte del artículo en cuestión, véase PÉREZ ALBERDI, María R., *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013.

⁹⁰⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 25 PIDCP.

⁹⁰⁹ GARCÍA ROCA, Javier, op. cit., pp. 84 y ss.

“Un ámbito [la función pública] atiende a la aplicación de la ley y al servicio con objetividad de los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho; el otro [cargos públicos representativos], a la determinación de ese interés general mediante representantes y a la misma creación del Derecho y formación democrática de la voluntad estatal. Uno requiere de funcionarios, una categoría de personas que desempeñan empleos públicos en virtud de un reclutamiento objetivo de acuerdo con ciertas reglas de selección (concurso, oposición); el otro, de representantes de la voluntad popular que permiten el ejercicio de la soberanía en una concurrencia electoral y son, en vez de empleados públicos, sujetos de la acción estatal y verdaderos centros de imputación de ésta. Los funcionarios deben actuar conforme al principio de neutralidad política de la Administración y gozar de «garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones» (art. 103.3 CE); los cargos públicos representativos tienen entre sus funciones la elaboración de políticas públicas y deben responder políticamente de los criterios y razones elegidas en su fundamentación y de los éxitos o errores cometidos por ellos mismos y por sus funcionarios en su realización”.⁹¹⁰

En síntesis, se puede entender a la *representación política* como el objeto del derecho de acceso a los cargos de elección popular, mientras que en el derecho de acceso a las funciones públicas el objeto que se persigue es el de preservar los principios constitucionales y legales por los cuales se dota de funcionarios la organización estatal.

Ahora bien, en lo concerniente al último de los criterios de distinción mencionados, la lógica hermenéutica tiene que ver con “las *reglas lógicas y hermenéuticas* con las que deban ser interpretados”.⁹¹¹ Para esto el autor en cuestión se vale del análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional español para mostrar tales diferencias, que en nuestro caso se ha tratado de resaltar en el capítulo segundo del presente trabajo.

En ángulo distinto de los cargos públicos representativos se encuentran aquellos que carecen de la representatividad popular, sin dejar de ser «cargos públicos». Dentro del régimen jurídico de los «cargos públicos» no representativos se encuentran comúnmente los altos funcionarios pertenecientes a las instituciones con funciones de garantía.⁹¹² Su elección se caracteriza por no tener origen en el voto popular. En este sentido, según García Roca, “[l]os titulares de todos estos puestos no son representantes

⁹¹⁰ Ibídem, p. 85.

⁹¹¹ Ibídem, p. 86, cursivas del original.

⁹¹² En el orden jurídico español serían, entre otros, el Defensor del Pueblo, los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo de Estado y los Vocales de la Junta Electoral Central.

de nadie –tampoco de quienes los eligieron– ni contribuyen a articular el principio democrático”.⁹¹³

En el denominado *estatuto de la función pública* es el factor empleo el que prevalece en su dinámica.⁹¹⁴ Los funcionarios son empleados estatales, y se caracterizan por carecer de responsabilidad política alguna, en tanto no son «verdaderos centro de imputación de la voluntad estatal»; no poseen poderes propios e independientes de la Administración en la que se desenvuelven; deben ser ideológicamente neutrales; son inamovibles en el ejercicio de sus funciones; y tienen un férreo deber de fidelidad a la Constitución.⁹¹⁵

Entonces, la distinción entre cargos públicos representativos y funcionarios públicos parte de los principios de representación y participación política. Mientras aquellos responden a las elecciones populares, es decir, su acceso está condicionado a la elección de la ciudadanía, los segundos de forma general están sujetos a los principios de mérito y capacidad, están condicionados al cumplimiento de determinados requisitos de idoneidad, según la rama de especialización de la administración pública, y no crean representación política. Este último es el elemento definitivo en la diferenciación que se hace y, que como se verá más adelante, determina ámbitos y bienes jurídicos distintos.

Esta distinción, debe subrayarse, tiene que guiar el análisis de los casos abordados por la Corte Interamericana, ya que como se verá en el seguimiento de su línea jurisprudencial dicho tribunal se adentra en enjuiciar el caso sin ofrecer una comprensión previa del diferente objeto involucrado. Por lo que sería deseable la subsanación cuanto antes de este punto.

Pero antes de pasar a los casos dilucidados por la Corte Interamericana, tratando de seguirse el mismo esquema planteado en la investigación, brevemente se esbozan algunos asuntos conocidos por la Comisión Interamericana sobre la materia, con el objetivo de ofrecer un panorama más completo dentro del sistema interamericano.

⁹¹³ *Ibíd.*, p. 87.

⁹¹⁴ *Ídem.*

⁹¹⁵ *Ídem.*

A. Algunos casos ante la Comisión Interamericana

En el nivel de la Comisión Interamericana también puede encontrarse reflejo de la línea jurisprudencial de la igualdad en el acceso y permanencia en la función judicial. A manera de ejemplo, pueden citarse el **Caso Jueces de Chiriquí**,⁹¹⁶ donde ante las presiones de sus superiores jerárquicos para resolver un determinado asunto favoreciendo a una de las partes en el conflicto, tres jueces de circuito y una jueza municipal que se resistieron a tales pretensiones fueron destituidos de su cargo, respectivamente, el 5 y 8 de febrero de 1987. El Estado demandado argumentó que por decreto (Decreto No. 140, de 1969) se había suspendido la carrera judicial (consagrada en la Ley No. 9 de 1963), por lo que todos los funcionarios judiciales estaban en condiciones de interinos, hasta en tanto se expidiera un nuevo Código Judicial que regulara lo relativo al ingreso, estabilidad, prerrogativas, sanciones y destitución de los funcionarios judiciales. El problema como puede advertirse es el período excesivamente prolongado sin la existencia de una legislación específica que regulara la carrera judicial, desde 1963. Dieciocho años que estima la CIDH “[...] implica una involución que atenta contra los derechos reconocidos en la Convención Americana de la que Panamá es Estado parte y en especial la obligación de adecuar la legislación interna a los principios y normas establecidos por la Convención, tal y como lo establece en su artículo 2”.⁹¹⁷ Esta situación generalizada de falta de normas reguladoras del acceso a la función judicial incide principalmente en el aspecto material del ejercicio de este derecho, ya que terminan por afectar las condiciones de igualdad. En este sentido, la Comisión Interamericana concluye “que igualmente esta situación impide el goce del derecho reconocido en el artículo 23.1.c de la Convención en cuanto a «tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país», ya que dicha igualdad tiene que estar respaldada por garantías que aseguren su vigencia”.⁹¹⁸

Por su parte, en el **Caso Vásquez Vejarano**,⁹¹⁹ la Comisión Interamericana aborda uno de los períodos más sombríos de la historia reciente de Perú, donde muchos de sus habitantes tuvieron que enfrentar frecuentes violaciones de derechos humanos. Se trata del estado de emergencia que el gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori

⁹¹⁶ CIDH, Informe de fondo 28/94, caso 10.026, Panamá, de 30 de septiembre de 1994.

⁹¹⁷ *Ibíd.*, párr. 27.

⁹¹⁸ *Ibíd.*, párr. 28.

⁹¹⁹ CIDH, Informe de fondo 48/00, caso 11.166, Perú, de 13 de abril de 2000.

declaró en la década de los noventa.⁹²⁰ Fujimori dictó un decreto-ley (Nº 25.418, *Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*) que tuvo como objetivo reorganizar el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, además de disolver el Congreso Nacional y el Consejo Nacional de la Magistratura. Como consecuencia, se dictaron el Decreto de Remoción (Decreto Ley Nº 25.423, de 9 de abril de 1992) que tuvo como fin la destitución de trece Vocales de la Corte Suprema de Justicia (de un total de veinticinco), entre quienes se encontraba el señor Walter Humberto Vásquez Vejarano, y el Decreto Ley Nº 25.454, de 27 de abril de 1992, con el objetivo de declarar la improcedencia del recurso de amparo para impugnar los efectos de la aplicación del Decreto de Remoción. El actor argumentó que conforme con los requisitos establecidos en la Constitución de 1979 accedió al cargo a través de concurso ante el Consejo Nacional de la Magistratura, teniendo con ello garantizada la permanencia hasta la edad de 70 años y la inamovilidad en el cargo, mientras observara la conducta e idoneidad propias de la función.⁹²¹

La CIDH, ante la falta del debido proceso y demás garantías judiciales, entiende “[...] que lo ocurrido fue que el Poder Ejecutivo utilizó el pretexto de una supuesta situación de emergencia para eliminar, en la práctica, los poderes judicial y legislativo, quebrantando así la institucionalidad democrática y el Estado de derecho en el país”.⁹²² Además, señala que la independencia judicial cumple un papel de la mayor relevancia en el sistema democrático, ya que es el Poder Judicial quien protege y está a cargo de garantizar el goce de los derechos establecidos en las normas constitucionales locales y la Convención Americana, siendo la primera barrera contra los excesos del Legislativo y el Ejecutivo.⁹²³ En este sentido, la garantía de permanencia en el cargo queda engarzada a la independencia judicial.

Por último, el **Caso Yaquetto Paredes y otros**⁹²⁴ sintetiza un fenómeno amplio de destitución de funcionarios judiciales en el Perú durante 2006-2007. Conforme con la Constitución, en dicho país se exige un proceso de ratificación periódico a los jueces y

⁹²⁰ La Comisión Interamericana, en esa época, después de que uno de sus equipos realizara visitas *in situ* a dicho país, elaboró el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, publicado en 1993. Sobre los mecanismos interamericanos activados durante el denominado “autogolpe”, véase FITZPATRICK, Joan, “States of Emergency in the Inter-American Human Rights System”, en HARRIS, David J. y LIVINGSTONE, Stephen (eds.), op. cit., pp. 383 y 389, respectivamente.

⁹²¹ Cfr. CIDH, Informe de fondo 48/00, caso 11.166, Perú, de 13 de abril de 2000, párr. 11.

⁹²² *Ibidem*, párr. 68.

⁹²³ Cfr. *Ibidem*, párr. 96.

⁹²⁴ CIDH, Informe 22/11, petición 71-06 y Otras, solución amistosa, Gloria José Yaquetto Paredes y otros, Perú, 23 de marzo de 2011.

fiscales. Ese proceso de evaluación del ejercicio profesional se encuentra a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura. La señora Gloria José Yaquetto Paredes al igual que otros veinte jueces y fiscales fueron destituidos de sus cargos mediante la aplicación de procesos de evaluación y ratificación, alegando los demandantes que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura carecían de motivación, además de que no existía un recurso judicial efectivo e idóneo para impugnarlas. Cabe recalcar que esas resoluciones tenían los efectos, además de nulificar el nombramiento, de inhabilitación definitiva para el ejercicio judicial. El Estado demandado optó por reconocer su responsabilidad internacional al violar varios artículos de la Convención Americana (incluido el 23) y acordar una solución amistosa, admitiendo que el proceso de ratificación “no incorporó ciertas garantías de la Tutela Procesal Efectiva, particularmente la exigencia de resolución motivada, que debe ser observada en todo tipo de procedimiento”.⁹²⁵ Uno de los puntos de acuerdo fue el compromiso del Estado demandado de llevar a cabo un nuevo procedimiento de evaluación siguiendo de cerca la jurisprudencia de la CorteIDH en materia de debido proceso.⁹²⁶

B. Seguimiento de la línea jurisprudencial de la CorteIDH

La serie de casos agrupados en torno a las destituciones arbitrarias de jueces de distintos niveles, y enmarcado en un nivel de mayor envergadura referente a la independencia judicial, ha sido el detonante para que la Corte Interamericana desarrolle el contenido del *derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas*. En efecto, es a través de los *funcionarios de la rama judicial* que la jurisprudencia interamericana aborda este tema.

De manera general puede decirse que estos casos son muestra de la debilidad institucional que en muchas ocasiones aqueja a no pocos de los poderes judiciales de la región, focalizado en una de sus vertientes, que son las destituciones arbitrarias de jueces y magistrados. Por lo que la Corte Interamericana se ha visto en la necesidad de perfilar garantías especiales que permitan reforzar las condiciones en que los jueces deben desempeñar sus funciones. Desde esta perspectiva, el cargo de juez se

⁹²⁵ Ibídem, párr. 5.

⁹²⁶ Ibídem, párr. 16.

diferenciaría del resto de funciones públicas en tanto se le brinda un tratamiento especial con la intención de que al hacerlo también se está reforzando la independencia judicial.

Precisamente el tema central de la independencia judicial se convirtió en un asunto de la mayor incidencia durante las transiciones democráticas experimentadas por la mayoría de los países de la región, siendo el poder olvidado en la reorganización de las instituciones públicas hacia los principios y prácticas democráticas. Las viejas prácticas, asociadas a los regímenes militares y dictatoriales, que permearon durante mucho tiempo en la designación de los jueces (sujetos a los intereses de la cúpula judicial o del Ejecutivo, además de la nula existencia de una plataforma de carrera judicial) paulatinamente tuvieron que ceder ante el avance del respeto de los derechos fundamentales y la regulación normativa de temas como el ingreso, la estabilidad, las garantías, las sanciones y la destitución de los funcionarios judiciales.

Para los efectos de la investigación, se enfocará el análisis únicamente en lo tocante a la doctrina jurisprudencial que hace referencia al derecho de acceso a las funciones públicas, tratando con ello de describir los planteamientos de la jurisdicción interamericana y tener una idea aproximada del contenido de dicho derecho. Además se pretende evidenciar, a la par, la distinta naturaleza que entraña con respecto al derecho de sufragio pasivo, no obstante la cercanía normativa en un mismo artículo convencional. Así, indirectamente, nos sirve para reafirmar la separación teórica de las realidades de los cargos públicos representativos y los cargos públicos no representativos.

Puede tomarse como punto de partida el **Caso Tribunal Constitucional**,⁹²⁷ donde, a pesar de que no hay propiamente un pronunciamiento de desarrollo del artículo 23.1 CADH, la Corte Interamericana al estimar que no se violaban los derechos políticos reconocidos en dicho dispositivo en la destitución de los cargos de tres magistrados del Tribunal Constitucional peruano, fijó el criterio de que “[l]os tres magistrados que sufrieron la destitución ya tuvieron acceso a la función pública en condiciones de igualdad”,⁹²⁸ con lo cual de inicio se asienta que el momento de la *permanencia en el cargo* (destitución) no estaría sujeto a protección convencional, sino únicamente el momento de *acceso* a las funciones públicas. En este sentido, puede

⁹²⁷ SCorteIDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú* (Fondo, reparaciones y costas), de 31 de enero de 2001.

⁹²⁸ *Ibíd.*, párr. 103.

decirse que la Corte Interamericana hace una interpretación literal, misma que es improcedente en materia de derechos fundamentales.

Las destituciones de dichos magistrados habían derivado del juicio político que se había instaurado en su contra en 1997, donde el Congreso peruano había fungido como órgano juzgador, aduciéndose que no había cumplido con los estándares interamericanos exigidos del debido proceso y las garantías judiciales. En este sentido, la Corte Interamericana indicará que “[...] cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.⁹²⁹ Ahora bien, en el trasfondo, dicho juicio político tenía origen en la controversia que había suscitado la emisión por parte de los tres magistrados constitucionales destituidos de una sentencia que iba en contra de las pretensiones electorales y políticas de Alberto Fujimori, entonces presidente de la República peruana, al declarar inaplicable la “Ley de reelección presidencial” (Ley No. 26.657, de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución), norma que materialmente permitía al personaje aludido presentarse a unas nuevas elecciones, las del 2000, no obstante que ya se había presentado a las elecciones presidenciales de 1990 y 1995, en las cuales había resultado electo. Aquí debe decirse que en las elecciones de 1990 había sido elegido estando vigente la Constitución de 1979, mientras que en las elecciones de 1995 regía la nueva Constitución de 1993, lo que generaba dudas sobre la cuestión de la reelección presidencial consecutiva en ese supuesto en particular.

En el **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”)**⁹³⁰ la Corte Interamericana entendió que no se había violado el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función judicial, consagrado en el artículo 23.1.c de la Convención Americana, en perjuicio de tres magistrados venezolanos que habían sido destituidos después de que estos adoptaran cierta sentencia que interfería con los intereses de altos funcionarios de la rama ejecutiva.⁹³¹ No obstante

⁹²⁹ Ibídem, párr. 71.

⁹³⁰ SCorteIDH, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 5 de agosto de 2008.

⁹³¹ Para una descripción del contexto interno en el que se produjo la destitución de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, véase AYALA CORAO, Carlos, *La «inejecución» de las sentencias internacionales...*, op. cit., pp. 82 y ss. Asimismo, cabe destacar que el caso en cuestión fue el detonante del incumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana en el orden jurídico interno venezolano, mediante la sentencia 1.939 de 18 de diciembre de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, misma que es analizada por el autor citado, ibídem, pp. 69 y ss. Doctrina

lo anterior, en este caso la Corte Interamericana fija una base importante para modificar el criterio utilizado en el caso anterior, dando un *giro copernicano*, y con ello el alcance del contenido de este derecho. Por otro lado, es en este caso donde incitada por los demandantes, la Corte Interamericana efectúa algunas consideraciones relevantes sobre el derecho a la democracia que se establece en la CDI.⁹³²

Respecto de la alegada violación del artículo 23.1.c, los términos del problema planteado eran que los magistrados (Juan Carlos Apitz Barbera, Perkins Rocha Contreras y Ana María Ruggeri Cova) al verse sancionados con la destitución de sus cargos mediante los respectivos procedimientos disciplinarios, también quedaban impedidos con carácter permanente de reingresar al Poder Judicial, ya que las leyes relativas (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y Ley de Carrera Judicial) precisamente estipulaban la inelegibilidad de aquellos que se habían visto sujetos a este tipo de procedimiento. En este sentido, el impedimento legal de volver a acceder a los cargos de la función judicial era estimado por los actores como discriminatorio, en cuanto las otras dos magistradas (Luisa Estela Morales y Evelyn Margarita Marrero Ortiz) de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que también habían adoptado la sentencia que había provocado los procedimientos disciplinarios posteriormente se les había permitido volver a ocupar cargos en el Tribunal Supremo de Justicia,⁹³³ ya que a ellas no les había afectado la destitución al aplicárseles el régimen de jubilación.

La Corte Interamericana, apoyándose y haciendo suyos los criterios del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas asentados en la Observación General No. 25 sobre el PIDCP, señalará que el artículo 23.1.c “[...] no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en «condiciones generales de igualdad». Esto quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando «los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos» y que «las personas no sean objeto de discriminación» en el

que posteriormente tendrá sus consecuencias en el cumplimiento de la sentencia del **Caso López Mendoza**, visto anteriormente. Sobre el particular, véase BREWER CARÍAS, Allan R., op. cit.

⁹³² El análisis específico de este punto ya fue hecho en el Capítulo II (“Principio Democrático”), al cual remito.

⁹³³ Según Ayala Corao, “[l]os otros dos jueces destituidos, de tendencia oficialista y que habían salvado sus votos en las decisiones cuestionadas políticamente, fueron nombrados el año siguiente por la Asamblea Nacional como magistrados del TSJ y que además se convirtieron en la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y de su Sala Constitucional [Luisa Estela Morales]; y en la Presidenta de la Sala Político Administrativa del TSJ (Evelyn Marrero)”, AYALA CORAO, Carlos, *La «inejecución» de las sentencias internacionales...*, op. cit., p. 84.

ejercicio de este derecho”.⁹³⁴ Por lo que la Corte Interamericana encuentra razonable y objetiva la prohibición en cuestión, ya que tiene como “[...] fin el garantizar el correcto desempeño del Poder Judicial”.⁹³⁵

Pero lo relevante será esta *extensión en la garantía* que cubre el *nombramiento, ascenso, suspensión y destitución*, es decir, una garantía de permanencia en el cargo, con lo que la Corte Interamericana deja atrás su postura del 2001, en el **Caso Tribunal Constitucional**, donde solo consideraba garantizado el acceso al cargo.

Posteriormente, con el **Caso Reverón Trujillo**,⁹³⁶ la Corte Interamericana ante los cuestionamientos del Estado demandado sobre el contenido del derecho consagrado en el artículo 23.1.c no dejará lugar a dudas al señalar que “[...] el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede”.⁹³⁷

El supuesto de hecho enjuiciado radicó en que la señora María Cristina Reverón Trujillo fue destituida arbitrariamente por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial cuando se desempeñaba como jueza penal con carácter «provisorio» por supuestas faltas disciplinarias.⁹³⁸ Ante la impugnación del acto de destitución, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad de dicho acto, no así la restitución al cargo judicial, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir. Justamente la restitución –consideró la demandante– era parte fundamental de un recurso efectivo que remediara su situación. En este contexto, fue precisamente su condición de jueza provisoria, engarzado con el proceso de reestructuración del Poder Judicial venezolano, lo que sustentó la interpretación de la Sala Político Administrativa para no reincorporarla. Y es aquí donde la Corte Interamericana entiende la existencia de una diferencia de trato irrazonable, que afectaría el “derecho a la permanencia, en condiciones de igualdad, en el ejercicio de las funciones públicas”,⁹³⁹ en tanto “[...] un juez titular, en circunstancias de destitución anulada similares a las de la señora Reverón Trujillo, hubiese podido ser restituido. Por

⁹³⁴ SCorteIDH, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 5 de agosto de 2008, párr. 206.

⁹³⁵ Ídem.

⁹³⁶ SCorteIDH, *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 30 de junio de 2009.

⁹³⁷ Ibídem, párr. 138.

⁹³⁸ En el momento de su destitución acumulaba en su trayectoria ininterrumpida cerca de veinte años desempeñándose en varios cargos dentro del Poder Judicial venezolano, ibídem, párr. 49.

⁹³⁹ Ibídem, párr. 141.

el contrario, en el presente caso, por tratarse de una jueza provisoria, ante el mismo supuesto de hecho, no se ordenó su reincorporación”.⁹⁴⁰

Otro caso que naturalmente queda incluido en la secuencia de controversias referidas a la destitución arbitraria de jueces y la independencia judicial es el **Caso Chocrón Chocrón**,⁹⁴¹ sin embargo, por las características particulares presentes en él, donde la Corte Interamericana no encuentra ninguna afectación a las condiciones de igualdad en el ejercicio del cargo que desempeñaba la señora Mercedes Chocrón Chocrón, que son las que se encuentran protegidas y garantizadas por el derecho de acceso a las funciones públicas, termina por no hacer ningún pronunciamiento directo respecto del artículo 23.1.c de la Convención Americana.⁹⁴² Aunque cabe decir que en esta sentencia la Corte Interamericana sintetiza los criterios utilizados hasta entonces sobre las garantías que deben de gozar los jueces en el ejercicio de su función judicial.⁹⁴³

Como ha podido observarse con lo descrito hasta este momento, en los cuatro casos referidos, la figura del juez es la protagonista, por lo que es a través de esta que la Corte Interamericana tiene que abordar el acceso a la función pública, siendo la función judicial una de sus especies. En este sentido, el carácter particular de la función judicial y las garantías especiales de independencia que se requieren para su ejercicio es destacado en las consideraciones de la Corte Interamericana, llevando indirectamente a perfilar a los jueces en un nivel distinto a lo que cabría pensar de las funciones públicas en general. Desde este planteamiento, en principio, habría distintos grados de protección del derecho de acceso a la función pública, dependiendo del sector de que se trate, incluso dentro de la propia función judicial cabría hacer distinciones, según el cargo desempeñado. Así las cosas, un juez constitucional tendría una garantía especial de

⁹⁴⁰ Ibídem, párr. 140.

⁹⁴¹ SCorteIDH, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 1 de julio de 2011. Estrictamente no es el último caso donde aparece la independencia judicial como trasfondo, pero sí es el último antecedente relativo propiamente a las garantías inherentes al espectro individual del cargo de juez. La secuencia continúa en los recientes casos *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 23 de agosto de 2013, y *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de agosto de 2013.

⁹⁴² Cfr. SCorteIDH, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 1 de julio de 2011, párr. 136.

⁹⁴³ Cfr. Ibídem, párr. 135.

protección frente a los jueces ordinarios,⁹⁴⁴ y estos, a su vez, tendrían garantías reforzadas frente a los funcionarios de las demás ramas del poder público.⁹⁴⁵

En primer lugar, estarían los elementos comunes que prevalecen en los funcionarios públicos de carrera, sean judiciales o no, que son los cuerpos especializados del Estado para el cumplimiento de las funciones en todos los rubros que tiene asignados, mismos que necesitan de estabilidad y permanencia en lo que hacen. Por ello, la Corte Interamericana para su definición parte de una realidad administrativa y no de una necesidad representativa:

“Los jueces que forman parte de la carrera judicial cuentan, en primer lugar, con la estabilidad que brinda el ser funcionario de carrera. El principio general en materia laboral para los trabajadores públicos de carrera es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido. Lo anterior se debe a que los funcionarios públicos han ingresado por medio de concursos o algún otro método legal que determine los méritos y calidades de los aspirantes y forman parte de una carrera permanente”.⁹⁴⁶

Como puede advertirse se perfilan varios elementos. De forma indirecta realiza una primera distinción entre funcionarios públicos de carrera y aquellos que también tienen el carácter de funcionarios públicos pero que no necesariamente su acceso a determinados cargos estuvo condicionado a los métodos de consideración de méritos y calidades. En esta categoría principalmente se encontrarían los funcionarios designados directamente por el Parlamento u otros órganos estatales. Otro elemento definitorio de los funcionarios públicos de carrera es la sujeción a una reglamentación específica que regula su régimen jurídico (por ejemplo, la Ley del Estatuto de la Función Pública de Venezuela).

Un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas serán las tres garantías que la Corte Interamericana –siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, así como los principios básicos elaborados por Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura– establece

⁹⁴⁴ SCorteIDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú* (Fondo, reparaciones y costas), de 31 de enero de 2001, párr. 75.

⁹⁴⁵ Cfr. SCorteIDH, *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 30 de junio de 2009, párr. 67.

⁹⁴⁶ *Ibidem*, párr. 64.

especialmente para la función judicial, conforme con el principio de su independencia.⁹⁴⁷

La primera de ellas consiste en que los procesos de nombramiento deben asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a la carrera judicial, tomando el «mérito personal» y la «capacidad profesional» como criterios objetivos y razonables de selección.⁹⁴⁸ Esto lógicamente llevaría a preguntarse por la forma en que puede asegurarse efectivamente esa igualdad de oportunidades. Para la Corte Interamericana se daría a través de una «libre concurrencia», abierta e igualitaria, donde los requisitos exigidos para el cargo a desempeñar sean señalados públicamente de forma amplia, clara y transparente.⁹⁴⁹

La segunda garantía se descompone a su vez en tres subgarantías: «permanencia en el cargo», lo que equivale a decir que aquellos que hayan accedido al cargo puedan cumplir con su función hasta la expiración del período de nombramiento o elección, o la presencia de la jubilación forzosa,⁹⁵⁰ «un proceso de ascensos adecuado», entendiéndose que deberá estar basado en criterios o factores objetivos,⁹⁵¹ y «no despido injustificado o libre remoción», lo que requiere de normas previas y establecidas de la conducta judicial, además de procedimientos adecuados para evaluar las faltas y, por su parte, de recursos de impugnación de las destituciones.⁹⁵² El incumplimiento de cualquiera de los extremos que forman este triángulo de protección afectaría la garantía de inamovilidad judicial. Pudiendo provocar, a la postre, la

⁹⁴⁷ SCorteIDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú* (Fondo, reparaciones y costas), de 31 de enero de 2001, párr. 75, y SCorteIDH, *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 30 de junio de 2009, párr. 70.

⁹⁴⁸ Así, la Corte Interamericana pronuncia: “[...] todo proceso de nombramiento debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso al Poder Judicial. En consecuencia, se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar”, *ibídem*, párr. 72.

⁹⁴⁹ Textualmente el tribunal dice lo siguiente: “[l]a igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia, de tal forma que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar en los procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios. Todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran. En suma, se debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a través del señalamiento ampliamente público, claro y transparente de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo”, *ibídem*, párr. 73.

⁹⁵⁰ Cfr. *Ibídem*, párr. 75.

⁹⁵¹ Cfr. *Ibídem*, párr. 76.

⁹⁵² Cfr. *Ibídem*, párr. 77.

responsabilidad internacional por parte del Estado que incumpla con su deber de garantizar la independencia judicial.⁹⁵³

Asimismo, la garantía de inamovilidad también debe contemplar la reintegración o reincorporación de aquellos jueces que estuvieron sujetos a procedimientos arbitrarios de remoción,⁹⁵⁴ con lo cual, además, se previene la generación de temor entre los jueces al dictar sus decisiones.⁹⁵⁵

La tercera garantía, y última, se refiere de manera general a las intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial.⁹⁵⁶

De lo anterior, cabe resaltar que el peso y confluencia del principio de independencia judicial en el acceso y ejercicio de la función judicial resultan en un evidente reforzamiento interno y externo del cargo de juez. Este entremezclamiento del derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función judicial y la independencia judicial, en el fondo, buscaría que el primero esté llamado a ser el bastión que evite las destituciones o remociones arbitrarias, mientras que la segunda refuerza que los Estados intervengan “[...] de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control”.⁹⁵⁷

En resumen, de la revisión casuística de la jurisprudencia conexa relativa al acceso a las funciones públicas, pueden inferirse varias cosas, pero de ellas quiero destacar el reforzamiento de la función judicial por encima de demás, en otras palabras, los jueces –conforme con el papel que desempeñan en la sociedad– gozan de una especial esfera de protección (garantías reforzadas) distinta a la que comúnmente tendrían el resto de los funcionarios estatales, lo que ha venido a poner mayor énfasis en el acceso y a destacarse las condiciones indispensables para el ejercicio de su función, que requiere de permanencia y estabilidad, las cuales ulteriormente también tendrían incidencia en la independencia judicial institucional.

⁹⁵³ Ibídem, párr. 79.

⁹⁵⁴ SCorteIDH, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 5 de agosto de 2008, párr. 246.

⁹⁵⁵ De manera amplia la Corte Interamericana manifiesta: “[...] esto podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. Dicho temor también podría afectar la independencia judicial, ya que fomentaría que los jueces sigan las instrucciones o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador”, SCorteIDH, *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 30 de junio de 2009, párr. 81.

⁹⁵⁶ Ibídem, párr. 80.

⁹⁵⁷ Ibídem, párr. 81.

En este sentido, el derecho de acceso a la función judicial es un buen ejemplo para destacar las diferencias con el derecho a ser elegido en los cargos de elección popular, pero también es posible advertir algunas características que la harían destacarse de las demás funciones públicas, algo que coincide con la doctrina, en el sentido de que ciertos funcionarios de la rama judicial, como son las altas magistraturas, se encuentran en una categoría intermedia entre los cargos públicos representativos y los funcionarios públicos.⁹⁵⁸ Bien puede decirse que para una correcta delimitación o definición del espacio jurídico y social donde mayormente tiene incidencia el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, debe venir complementada por aquellos bordes o sectores donde se mezcla y convive con el ejercicio de derechos cercanos y colindantes.

⁹⁵⁸ Cfr. GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos...*, op. cit., p. 87.

CAPÍTULO IV

LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tema de los *efectos* de las decisiones que emite la Corte Interamericana, en especial los que resultan de los casos contenciosos, es decir, las sentencias condenatorias (aunque no sólo estas, como veremos más adelante), ha tomado en la última década un impulso importante dentro de la discusión académica.⁹⁵⁹ Este relativo interés de su análisis, se debe, en parte, a la cada vez mayor presencia de los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos en la vida de los países de la región, presencia no sólo cuantitativa sino, también, cualitativa.⁹⁶⁰ En efecto, precisamente su presencia cualitativa es la que ha incentivado cambios importantes (como modificaciones constitucionales y legales) para la protección y defensa de los derechos fundamentales en el ámbito interno.

⁹⁵⁹ Estudios anteriores, por supuesto, existen. En el tema de los derechos políticos, aunque referido en concreto al caso argentino, NADDEO, Cecilia C., “Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 2007, pp. 885-900. Asimismo, debe consultarse GARCÍA SAYÁN, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, VV. AA., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384. También, desde una perspectiva general, JARMUL, Holly D., “Effects of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts”, en FRANCK, Thomas M. y FOX, Gregory H. (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, New York, Transnational Publishers, 1996.

⁹⁶⁰ Entre las últimas publicaciones que abordan el tema, cabe destacar la obra colectiva CORZO SOSA, Edgar, CARMONA TINOCO, Jorge U. y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, prólogo de Diego García-Sayán, México, Tirant lo Blanch-IIDC-CorteIDH, 2013. Ya en 2005, García Sayán reseña la panorámica de la situación hasta esos momentos: “No se podría decir aún que la mayoría de tribunales ha incorporado ya las sentencias de la Corte Interamericana en sus razonamientos, sí es cierto, sin embargo que diversos tribunales de la mayor jerarquía en la región (Cortes o tribunales constitucionales y Cortes Supremas) ya lo vienen haciendo. Ello reviste una importancia cualitativa singular y marca una tendencia que parece perfilarse”, GARCÍA SAYÁN, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, op. cit., p. 326.

Según la doctrina, los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana tienen repercusión principalmente en tres rubros.⁹⁶¹ En modificaciones a los ordenamientos jurídicos internos (normativas o institucionales); su uso creciente por los tribunales nacionales para resolver casos (utilización de criterios y estándares interamericanos); y, la modificación en la interpretación y aplicación de la normativa penal vigente cuando se trata de derechos humanos (cosa juzgada, prescripción y amnistías).

Las modificaciones normativas pueden ser constitucionales o legales. Así, por ejemplo, teniendo origen en una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana (**Caso Olmedo Bustos y otros**, de 5 de febrero de 2001), el Estado chileno se vio obligado a modificar su Constitución para suprimir la censura previa.⁹⁶²

Los efectos son apreciables especialmente en modificaciones normativas legales que han efectuado varios países de la región, como Chile (creación de la *Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado*), Costa Rica (creación de la Ley No. 8.503, *Apertura de la Casación Penal*), Guatemala y Perú,⁹⁶³ entre otros muchos. Mientras tanto, el impacto ha sido de notable envergadura en el juzgamiento de la interpretación y aplicación de las leyes nacionales de prescripción y amnistía.⁹⁶⁴

Ahora bien, en lo que acontece con el uso de las sentencias de la Corte Interamericana por los tribunales nacionales, el proceso de incorporación es aún precario pero tiende a consolidarse.⁹⁶⁵ Que es el punto donde se centrará el análisis en el siguiente epígrafe, tratando de evidenciar a través de la casuística el uso de los criterios y parámetros interamericanos por algunos de los tribunales nacionales de la región en un derecho específico: el sufragio pasivo.

⁹⁶¹ GARCÍA SAYÁN, Diego, "Sistema interamericano de derechos humanos: efectos de las decisiones de la CIDH", *Diálogo Político*, año XXV, núm. 4, diciembre 2008, pp. 15 y ss.

⁹⁶² Nogueira Alcalá alude que "[...] el Estado de Chile cumplió concretando la respectiva reforma constitucional mediante ley N° 19.742 de 25 de agosto de 2001 y dictando la ley N° 19.846 de 4 de enero de 2003, sobre Calificación de producción cinematográfica", NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El uso del postulado de proporcionalidad...", op. cit., p. 136.

⁹⁶³ GARCÍA SAYÁN, Diego, "Sistema interamericano de derechos humanos: efectos de las decisiones de la CIDH", op. cit., p. 16 y ss.

⁹⁶⁴ *Ibidem*, p. 24 y ss.

⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 18.

Asimismo, algunos autores identifican, además de los ya mencionados, efectos políticos en las decisiones de la Corte Interamericana.⁹⁶⁶ Para ello, debe tenerse en cuenta que con ellas también se promueven los derechos humanos, aunque no sea su función principal. Así, conforme con la normativa interamericana (arts. 41, 62.3 y 64 CADH), las principales competencias de la Corte Interamericana son contenciosa y consultiva, dejando expresamente a la Comisión Interamericana la función de «promover» la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región. No obstante lo anterior, para Vio Grossi, la peculiaridad de los procesos que se ventilan ante la Corte Interamericana y el empleo de su facultad para dictar medidas provisionales pueden generar consecuencias políticas en el orden interno de los Estados.⁹⁶⁷

Esto es posible dado el carácter dual (cautelar y tutelar) que presentan tales medidas, permitiendo tomar acciones preventivas antes de emitirse la decisión final, garantizando con ello que no se lesionen los derechos en controversia o evitar daños irreparables a las personas, en tanto “ellas [las medidas provisionales] le sirven decidida y más directamente para impulsar, a través de la función jurisdiccional, el efectivo respeto de los derechos humanos, y ello, como se señaló, aun antes de que finalice el proceso en el que se decretan y, en el caso de que aun sin que éste se haya incoado, si se lo pide la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.⁹⁶⁸

Según lo anterior, a mi entender, los efectos políticos pueden advertirse en los dos ámbitos: en el interno y desde el internacional. En el primero, estos se encuentran íntimamente ligados con el deber contraído previamente por los Estados de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana, en este sentido, regularmente se requiere de la concurrencia de todos los poderes estatales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para

⁹⁶⁶ VIO GROSSI, Eduardo, “Sentencias de la Corte IDH: efectos políticos de sus fallos”, *Diálogo Político*, año XXVII, núm. 4, diciembre de 2010, pp. 111-136. Respecto del impacto de los fallos del TEDH, en general, véase SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark E. (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and Implementation*, op. cit.

⁹⁶⁷ VIO GROSSI, Eduardo, op. cit., p. 112. Sobre el desarrollo de las medidas provisionales a través de las resoluciones de la Corte IDH, véase CORZO SOSA, Edgar, *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014. Asimismo, del mismo autor, desde la perspectiva de los resultados, “Las medidas provisionales: cumplimiento, impacto e incumplimiento”, en CORZO SOSA, Edgar, CARMONA TINOCO, Jorge U. y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (coords.), op. cit., pp. 159-187. En clave comparada, SALADO OSUNA, Ana y CORZO SOSA, Edgar, “Las medidas provisionales”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), op. cit., pp. 351-421.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, p. 116.

llevar a cabo los dictados de la decisión jurisdiccional interamericana,⁹⁶⁹ los cuales en muchas ocasiones pueden provocar costos políticos considerables para los gobiernos estatales.

En el segundo, las consecuencias políticas para el Estado son, por un lado, su percepción negativa en la comunidad internacional como un Estado que no respeta, garantiza y protege los derechos fundamentales de sus habitantes, antes bien se percibe como un lugar donde se violan los derechos humanos, y por el otro, sus políticas públicas en materia de derechos humanos (en el caso de que existan) y su capacidad de aplicarlas pueden verse cuestionadas. Efectos que, a la postre, bien puede decirse no solo tienen consecuencias políticas sino, también, jurídicas y económicas.⁹⁷⁰

II. ESTÁNDARES INTERAMERICANOS EN LA RESOLUCIÓN DE ASUNTOS NACIONALES: LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

1. Validación constitucional del monopolio de los partidos políticos en la postulación de candidatos a cargos públicos de elección popular: Costa Rica

Entre las primeras resoluciones relevantes que se tiene noticia emitidas por los tribunales nacionales en materia del derecho de sufragio pasivo donde se manifiesta la necesidad de acudir a los estándares interamericanos se encuentra la Resolución 456-2007 de 17 de enero de 2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que resuelve una acción de inconstitucionalidad en contra de diversos

⁹⁶⁹ Ibídem, p. 123.

⁹⁷⁰ Al hilo de lo reseñado hasta aquí, cabría hacerse la pregunta de si existen efectos de las decisiones de la Corte Interamericana más allá de los entes nacionales, es decir, efectos internacionales. Al parecer, las decisiones jurisdiccionales de la Corte Interamericana directamente no tendrían efectos sobre los órganos de la Organización de los Estados Americanos, es decir, en tanto estas se dirigen específicamente al Estado demandado. Por otro lado, aquellos carecen de personalidad en el proceso interamericano, no pueden ser demandados y, por tanto, no están sujetos a obligaciones de cumplimiento de los dictados del órgano judicial interamericano. Sin embargo, como la Organización regional se integra en el sistema interamericano de derechos humanos, sus componentes deben estar atentos a los criterios y estándares interamericanos establecidos por la Corte Interamericana en sus decisiones jurisdiccionales. En todo caso, estas últimas tendrían un efecto político indirecto. Por ejemplo, en el caso de los órganos encargados de la elaboración de los instrumentos interamericanos, estos deberán estar atentos y tomar en consideración los antecedentes jurisprudenciales interamericanos.

artículos del Código Electoral.⁹⁷¹ De inicio conviene advertir que el tribunal concluyó no darle lugar a dicha acción. Es decir, encontró la legislación electoral impugnada conforme con los postulados de la Norma Suprema costarricense. Sin embargo, para llegar a esta conclusión la Sala Constitucional analiza diversas cuestiones de fondo que muestran su entendimiento sobre el sentido y fin del monopolio en favor de los partidos políticos para postular candidatos a cargos de elección popular como una *garantía constitucional* en el ejercicio pleno de los derechos políticos y la vigencia del sistema republicano costarricense.

Los conceptos esgrimidos por los demandantes se basaron en que el Código Electoral imponía de forma indebida a los ciudadanos costarricenses como «única opción» para ejercer su derecho a ser elegidos mediante la postulación a través de partidos políticos, argumentando que cabía desprenderse del texto constitucional otras opciones, en especial las candidaturas independientes. Además, este monopolio en favor de los partidos políticos iría en contra de lo estipulado por el artículo 23 de la Convención Americana.⁹⁷²

Debido a la trascendencia del caso la Procuraduría General de la República y el Tribunal Supremo de Elecciones, quienes tuvieron intervención en el proceso, pusieron especial atención al manifestar sus consideraciones sobre la materia en controversia. Sobre los alegatos de la Procuraduría, este órgano del Ejecutivo parte de que la exigencia del monopolio a favor de los partidos políticos se encuentra en un mandato legal y no constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior, adopta una posición favorable al sistema conformado por el legislador y sus facultades constitucionales para regular y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos políticos, así como también para imponerle límites (siempre que sean objetivos, razonables y proporcionales).⁹⁷³ Esto último, la posibilidad del legislador de introducir limitaciones razonables al ejercicio de los derechos fundamentales, será seguido muy de cerca por la Sala Constitucional para resolver el presente caso.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Elecciones, siendo el órgano jurisdiccional especializado en materia electoral, prefiere efectuar una lectura finalista de la

⁹⁷¹ Uso la reproducción publicada en *Revista de Derecho Electoral* del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, núm. 7, enero-junio de 2009 (sección Anexos). Los dispositivos legales impugnados fueron los artículos 5, 27, 46, 48, 49, 50, 54, 55 y 65 del Código Electoral, que iban en contra de los artículos 25, 95 y 98 de la Constitución Política de Costa Rica.

⁹⁷² Cfr. *Ibídem*, Resultando 1.

⁹⁷³ Cfr. *Ibídem*, Resultando 2.

Constitución costarricense y acude a los orígenes en la redacción de las disposiciones constitucionales en controversia (actas de la Asamblea Constituyente) concluyendo que “[...] el constituyente de 1949 sí optó por establecer un monopolio a favor de los partidos políticos para la presentación de candidaturas para las elecciones nacionales”. En este sentido, el Tribunal Supremo de Elecciones realiza una distinción no menor al considerar que ese monopolio no es extensible a las elecciones municipales.⁹⁷⁴ Este punto de partida, la voluntad del legislador constituyente, tendrá un gran peso en los razonamientos que haga la jurisdicción constitucional.

Bajo tales extremos, en este caso interesa –según la Sala Constitucional– “[...] definir si el monopolio que ostentan los partidos políticos para postular ciudadanos para puestos de elección popular es una limitación de rango constitucional o legal y en cualquier caso, si constituye un obstáculo o más bien una garantía, para el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos”.⁹⁷⁵

En este sentido, la Sala Constitucional –en clara sintonía con el Tribunal Supremo de Elecciones– señalará que es en los orígenes de la redacción de los artículos constitucionales relativos donde se encuentran los elementos necesarios para justificar el sentido y fin del monopolio a favor de los partidos políticos. Y a pesar de entender que este monopolio “representa una restricción al derecho de participación política-electoral”, también considera que dicha restricción “es razonable en tanto necesaria para alcanzar el fin propuesto”.⁹⁷⁶ Una restricción razonable que tiene sustento, además, en la facultad constitucional del legislador de establecer o imponer límites a las libertades públicas en beneficio de los «intereses superiores de la colectividad».⁹⁷⁷

Ahora bien, no obstante la existencia previa de un antecedente relevante y directo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que relativiza el papel de los partidos políticos como única vía indispensable para acceder a los cargos públicos de elección popular (**Caso YATAMA**, de 2005), la Sala Constitucional en su análisis de la

⁹⁷⁴ Cfr. *Ibíd.*, *Resultando* 3.

⁹⁷⁵ *Ibíd.*, *Considerando* III.

⁹⁷⁶ *Ibíd.*, *Considerando* III.

⁹⁷⁷ La Sala Constitucional dice al respecto: “[...] todas las libertades públicas –con excepción de la vida– están sujetas a límites y limitaciones que pueden ser establecidas por el legislador cuando median intereses superiores de la colectividad, es decir cuando está en juego la organización y el funcionamiento del Estado, la protección de los derechos del ser humano y los intereses de la comunidad, el legislador está legitimado por el artículo 28 Constitucional para imponer limitaciones a las libertades públicas y, de esa forma, lograr un justo equilibrio en la sociedad que garantice y promueva la paz y el bienestar social”, *ibíd.*, *Considerando* V.

posible violación de las disposiciones del Código Electoral costarricense a la Convención Americana, omite cualquier referencia a la jurisprudencia interamericana y limita su interpretación al análisis sistemático de las disposiciones convencionales aplicables al caso en concreto (en su opinión: los artículos 16 y 23 CADH).⁹⁷⁸ En este sentido, resulta lógico que la Sala Constitucional realice una lectura literal y más acotada, pues olvida el desarrollo de la casuística en la fijación del alcance y sentido de esas normas analizadas.

En la parte final de la resolución, el magistrado Fernando Cruz Castro –quien también suscribe la decisión unánime de no dar lugar a la acción de inconstitucionalidad– introduce una nota interesante.⁹⁷⁹ Cruz Castro aboga por un entendimiento más amplio, o si se quiere menos rígido, de la letra constitucional, acorde con los cambios sociales y la situación actual por la que atraviesan los partidos políticos. Así, ciertos conceptos contenidos en la Constitución (República democrática y gobierno popular) “abre un amplio espacio para que puedan establecerse diversos procedimientos para designación de las autoridades estatales que deban elegirse mediante votación popular”. Lo que se traduciría en que la propia Constitución, sin desconocer la importancia y función de los partidos políticos, no excluye la introducción de otras formas o «procedimientos alternativos» de postular candidatos a cargos de elección popular.⁹⁸⁰

En esta tesitura, dicho magistrado de la Sala Constitucional advierte sobre el peligro de dejar anclado constitucionalmente el monopolio en favor de los partidos políticos: “No creo que sea conveniente, constitucionalmente, en virtud de la vigencia de valores de tanta trascendencia como la democracia, el pluralismo, la participación de los ciudadanos, establecer un ligamen indisoluble entre partidos políticos y acceso a cargos de elección popular.” Responsabilidad que, en definitiva, fue asumida por la instancia constitucional. Sin embargo, la introducción de esos procedimientos alternativos –estimaré el magistrado Cruz Castro– es una determinación que le

⁹⁷⁸ *Ibidem*, *Considerando VII*.

⁹⁷⁹ Criterio que llama la atención por encontrarse, desde mi punto de vista, más acorde con el sentido del fallo de la Corte Interamericana en el multicitado **Caso YATAMA**, donde la jurisdicción interamericana aborda el papel de los partidos políticos en el sistema democrático y no obstante reconocer su importancia y relevancia en el entramado social y jurídico de los Estados miembros, considera que estos institutos no excluyen otras formas o vías de acceso a los cargos públicos representativos, cfr. SCorte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 215.

⁹⁸⁰ *Nota del Magistrado Cruz Castro a la Resolución 456-2007 de 17 de enero de 2007.*

corresponde adoptar al legislador, quien tiene la responsabilidad de interpretar las variaciones del sistema político y reorientarlo.⁹⁸¹

A nivel interno, el resultado al que llega la Sala Constitucional es el de la validación constitucional de los partidos políticos como la única vía posible para que los ciudadanos accedan a las candidaturas de elección popular a nivel nacional. No obstante lo anterior, ofrece ciertas pautas al órgano legitimado para llevar a cabo, según sea el caso, la reforma pertinente (legal o constitucional) de introducir otras formas de postulación en las elecciones nacionales y municipales, como pueden ser las candidaturas independientes. Aquí es notorio como la jurisdicción constitucional rechaza tomar un papel que entiende no le corresponde.

En resumen, para la Sala Constitucional costarricense el monopolio de los partidos políticos en la postulación de los candidatos electorales es una *garantía* para el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos. Tesis que apoya en la lectura de la Convención Americana, sin tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana emitida al respecto.

2. La apertura constitucional a las candidaturas independientes o la relativización del monopolio de los partidos políticos: El Salvador

El caso de El Salvador en términos de resultados se ubica en las antípodas del caso costarricense y es muestra clara del uso y aplicación de la normativa y jurisprudencia interamericana de forma compatible o coordinada en los tribunales nacionales para la protección de derechos fundamentales. La sentencia en particular que será abordada en las siguientes líneas, cabe señalar, se destaca por la repercusión y notable impacto en la modificación del sistema electoral salvadoreño para la operatividad de las candidaturas independientes.⁹⁸²

⁹⁸¹ Cfr. Ídem.

⁹⁸² En 2011 la Asamblea Legislativa de El Salvador publicó las *Disposiciones para la postulación de candidaturas no partidarias en las elecciones legislativas*, mediante Decreto n° 555 de 16 de diciembre de 2010, las cuales fueron modificadas por el Decreto n° 835 de 8 de septiembre de 2011. Por otro lado, también ha tenido cierta repercusión en el espacio académico, aunque no a nivel de análisis doctrinal específico sino siendo recogida dicha sentencia por publicaciones especializadas con la clara intención de darle una mayor difusión entre los operadores jurídicos. La reproducción completa de la sentencia fue publicada en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, vol.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en la sentencia Inconstitucionalidad 61-2009, de 29 de julio de 2010, acudió a los estándares de la jurisprudencia interamericana para solventar parte de su argumentación en un caso donde se cuestionó la constitucionalidad de varios artículos del Código Electoral.⁹⁸³ En esencia este cuestionamiento se desdobló en tres temas a discusión vinculados entre sí del sistema electoral salvadoreño: las candidaturas independientes; el sistema de lista para elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano; y la lista cerrada y bloqueada para las elecciones de estos cargos.

Como puede advertirse a simple vista, el primer tópico está relacionado directamente con el ejercicio del sufragio pasivo y los dos siguientes en mayor medida con el ejercicio del sufragio activo. En este sentido, no es posible materialmente separar el ejercicio de estos derechos, son las dos caras de la moneda. Las democracias representativas (a nivel conceptual) y los sistemas electorales (en el terreno práctico) diseñados a su amparo están basados en la dinámica e interacción entre estos dos derechos. Así lo entendió el demandante y, en consecuencia, estimó que el sistema de lista cerrada y bloqueada que está integrada en su totalidad por los candidatos postulados por los partidos políticos inhibía que los ciudadanos pudieran votar por candidatos individualmente considerados.

Respecto del principal tema a debate, esto es, la posibilidad constitucional de las candidaturas independientes, los artículos de la legislación electoral salvadoreña denunciados exigían más requisitos que los establecidos en las disposiciones constitucionales para optar a los cargos de diputado a la Asamblea Nacional y diputado al Parlamento Centroamericano. El demandante, Félix Ulloa,⁹⁸⁴ entendió que esto limitaba las posibilidades de los ciudadanos de contender a dichas elecciones como candidatos independientes, algo que no estaría prohibido expresamente por la Constitución de El Salvador, ya que “no exige estar afiliado o ser postulado por un partido político”,⁹⁸⁵ a diferencia del requisito exigido explícitamente por la Norma

1, núm. 7, 2011, pp. 299-357 (sección Documental); y un útil extracto en *Diálogo Jurisprudencial*, núm. 10, enero-junio 2011, pp. 41-71.

⁹⁸³ Uso la versión publicada en el Diario Oficial (República de El Salvador) núm. 145, t. 388, de 9 de agosto de 2010, pp. 177-196.

⁹⁸⁴ Quizás no sea ocioso mencionar que el señor Félix Ulloa se desempeñó como magistrado del Tribunal Supremo Electoral de El Salvador en el período 1994-1999, entendiéndose que tenía un conocimiento preciso del sistema electoral salvadoreño.

⁹⁸⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia Inconstitucionalidad 61-2009 de 29 de julio de 2010, *Considerando* IV.1.

Fundamental para los candidatos a cargos de presidente o vicepresidente de la República de estar afiliados a un partido político.

En la primera parte de la sentencia son referidos de forma resumida los alegatos utilizados por el demandante para demostrar la inconstitucionalidad de la normativa electoral. El denominado alegato histórico va dirigido a debilitar la interpretación textual del artículo 85 constitucional.⁹⁸⁶ Entiende que en sus orígenes y trayectoria histórica tenía una finalidad muy específica y razonable en tiempos de conflictos armados: evitar la intromisión de otro tipo de organizaciones con finalidades diferentes a las de los partidos políticos y que pudieran arrogarse la representatividad de la ciudadanía. En la actualidad, sin embargo, “[...] no tiene ningún sentido reclamar ese privilegio para los partidos políticos y negar la participación de otros grupos ciudadanos que deseen participar con candidatos propios, con fines eminentemente democráticos y representativos, alejados de cualquier propósito reivindicativo, gremial o corporativo [...]”.⁹⁸⁷

El segundo e íntimamente vinculado con el anterior, relativo a la palabra «Gobierno» contenida en el citado artículo 85 constitucional, intenta perfilar las razones por las cuales únicamente se introdujo el requisito de afiliación partidista para el cargo de Presidente: la concepción presidencialista imperante en la época de redacción de la Constitución y, por ende, la relevancia de su figura como alto representante popular y la asociación de Gobierno con Poder Ejecutivo (siendo el Presidente su máximo representante).⁹⁸⁸

En el tercero, y que mayor interés tiene para los objetivos perseguidos en el presente acápite, combina elementos del derecho internacional de los derechos humanos (normativa y jurisprudencia) y de derecho comparado, sobre esto último refiere la experiencia constitucional y electoral del caso mexicano. Sobre el sistema interamericano de derechos humanos solicita el examen de los estándares interamericanos en materia de derechos políticos, invocando el **Caso Castañeda**

⁹⁸⁶ Dispositivo que establece: “El Gobierno es republicano, democrático y representativo”.

El sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, *que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno*. Las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia representativa.

La existencia de un partido único oficial es incompatible con el sistema democrático y con la forma de gobierno establecidos en esta Constitución”, cursivas no del original.

⁹⁸⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia Inconstitucionalidad 61-2009 de 29 de julio de 2010, *Considerando* I.1.a.(i).

⁹⁸⁸ *Ibidem*, *Considerando* I.1.a.(ii).

Gutman y las restricciones al ejercicio de los derechos políticos permitidas por la Convención Americana en su artículo 23.⁹⁸⁹

De forma similar a lo sucedido en el caso visto anteriormente de Costa Rica, en este también tienen intervención en el proceso de inconstitucionalidad determinados órganos del Estado, quienes emiten sus informes u opiniones respecto a la materia en controversia, en este caso es la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

La Sala de lo Constitucional va a establecer, en primer lugar, un marco conceptual que le sirva de basamento doctrinal y jurisprudencial para resolver el asunto.⁹⁹⁰ Posteriormente, dará precisión a dos cuestiones respecto de la fijación del contenido de los artículos constitucionales que le servirán de parámetro de control. En la primera, que es la relativa a la palabra «Gobierno» en el artículo 85 y la razón del establecimiento en la Constitución del requisito de afiliación partidista para el cargo de Presidente de la República, compartirá parcialmente la interpretación propuesta por el demandante. El tribunal señalará en particular que no puede entenderse Gobierno en un sentido restrictivo, únicamente asociado al Poder Ejecutivo, sino en un sentido amplio y que, entonces, la afiliación partidista responde a la alta representación popular que desempeña.⁹⁹¹ La segunda, que tiene que ver con el contenido del artículo 72, concluirá que el legislador secundario está autorizado para regular otros requisitos para el ejercicio del derecho a optar al cargo de diputado.⁹⁹²

Probablemente dos pares de dicotomías son la clave en el razonamiento que establece la Sala de lo Constitucional, «inclusión-exclusión» y «apertura-concentración», que puede desdoblarse de la siguiente manera: la concentración en los partidos políticos de la postulación electoral inhibe la apertura hacia otras formas posibles en las que el ciudadano podría ejercer directamente su derecho de ser elegido. La intermediación de los partidos políticos entonces es vista como exclusión del

⁹⁸⁹ *Ibíd.*, *Considerando* I.1.a.(iii).

⁹⁹⁰ Los conceptos que desarrolla son el principio de soberanía, la representación política, los derechos de sufragio activo y pasivo, y la función de los partidos políticos en la democracia representativa. Esta selección de conceptos, obviamente, está relacionada con las cuestiones que tienen que ser resueltas, sin embargo, como en toda lista desde un punto de vista crítico puede tomarse la selección como arbitraria, en tanto que pueden excluirse o incluirse otros más que estaban relacionados, p. e., el sistema electoral. Es decir, se sobreentiende que tales conceptos son los adecuados y necesarios para establecer un marco determinado, pero no son justificados.

⁹⁹¹ *Cfr. Ibíd.*, *Considerandos* IV.2.A y IV.2.B.

⁹⁹² *Cfr. Ibíd.*, *Considerando* IV.3.A.

ciudadano de esa posibilidad de participar en la discusión de los asuntos públicos, en la vida pública. En este sentido, el tribunal salvadoreño entiende que el factor inclusión es determinante, los ciudadanos no deben verse rebasados por los partidos políticos, es decir, la esencia de la democracia es el ciudadano y no el partido, y si el ciudadano solo tiene acceso a los cargos de elección popular a través de los partidos políticos, entonces esto alejaría del sistema a los ciudadanos que no se sienten representados.⁹⁹³

Esto no debe entenderse –en mi concepto– como una crítica agría y desinteresada del papel que vienen desempeñando los partidos políticos en la democracia salvadoreña. Sin embargo, a nivel de derechos, el monopolio que ejercen en la postulación de candidatos no puede entenderse como la exclusión de las candidaturas independientes. Ambos caminos tienen la posibilidad de convivir bajo el marco constitucional y la democracia plural.

Adicionalmente, la «apertura» que sustenta la Sala de lo Constitucional tiene apoyo en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno, en especial del derecho interamericano. Así, refiere el contenido del artículo 23 analizándolo a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana emitida en la materia. Con buen juicio entiende que esa evolución jurisprudencial no sólo se restringe al **Caso Castañeda Gutman**, sino también en el antecedente anterior del **Caso YATAMA**, donde se localizan los razonamientos para una mayor apertura a la participación política de la sociedad, que de ninguna forma se puede entender restringida a la vía de los partidos políticos. Perfilados de forma paralela el orden nacional y el orden internacional, la Sala de lo Constitucional encuentra conclusiones similares que se compaginan y apoyan mutuamente: la no exclusión de las candidaturas independientes.⁹⁹⁴

Ahora bien, consciente –la Sala de lo Constitucional– de los cambios necesarios y las repercusiones en el diseño del sistema electoral salvadoreño con la apertura a las

⁹⁹³ Cfr. *Ibíd.*, *Considerando* IV.3.B.a.

⁹⁹⁴ La Sala de lo Constitucional concluye de la siguiente forma: “Si hemos dicho que el derecho a optar cargos públicos de elección popular (art. 72 ord. 3° Cn.) que se integra con la norma que prescribe la mediación de los partidos políticos (frase 1ª del inc. 2° del art. 85 Cn.), incluye el derecho de todo ciudadano a postularse, individualmente o asociado con otros, como candidato independiente, también, en virtud de la recepción del art. 23.1.b de la CADH en el Derecho interno salvadoreño, los miembros de grupos específicos de la sociedad, a quienes la propia exigencia de la mediación de los partidos políticos puede excluir de la participación política, tienen derecho a postularse como candidatos, conforme a la ley, sin la mediación de los partidos políticos”; *ibíd.*, *Considerando* IV.3.B.b, en el original parte del párrafo está en cursivas.

candidaturas independientes, va más allá de la simple validación de la constitucionalidad o no de las normas electorales impugnadas. En efecto, después de haber fijado su criterio sobre la posibilidad constitucional de las candidaturas independientes o, en otras palabras, rechazar el monopolio total de los partidos políticos en la postulación de candidatos de elección popular, le señala al legislador algunas indicaciones precisas para que haga las modificaciones necesarias a la legislación electoral con el fin de garantizar su eficaz ejercicio, así como la introducción de reglas que aseguren la «representatividad» de este tipo de candidaturas.⁹⁹⁵

Como se había mencionado al inicio de este apartado, otro de los temas de fondo abordados en la presente sentencia fue la constitucionalidad de la lista cerrada y bloqueada utilizada en la elección de diputados. Mecanismo que se entendía violaba dos características vitales en el ejercicio del derecho de sufragio activo: «directo» (impide a los electores marcar preferencias entre los candidatos) y «libre» (impide que los ciudadanos expresen preferencias por los candidatos). En resumen, la Sala Constitucional, por un lado, estimó que el carácter libre del derecho de sufragio pasivo no se veía lesionado por el funcionamiento de la lista cerrada y bloqueada, y, por el otro, estimó que el carácter directo sí que se veía limitado con el funcionamiento de este tipo de lista.⁹⁹⁶

Otro dato relevante en la comprensión de las distintas formas de acercamiento de los tribunales nacionales a la normativa y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos tiene que ver, lógicamente, con el conocimiento y seguimiento que hagan los miembros e integrantes de dichos tribunales de los avances jurisprudenciales provenientes de la jurisdicción regional. Teniendo en mente esta idea, cabe resaltar que el magistrado Florentín Meléndez Padilla, actualmente Primer Vocal de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y que suscribió la sentencia en cuestión, fue miembro de la Comisión Interamericana de Derechos

⁹⁹⁵ Dichas indicaciones –en palabras de la Sala de lo Constitucional– consisten en que “la Asamblea Legislativa deberá reformar los arts. 211 y 215 del CE, a fin de permitir que, en las elecciones a diputados de la Asamblea Legislativa y del PARLACEN, los ciudadanos puedan presentar candidaturas independientes o que –bajo las condiciones antes mencionadas– puedan prescindir de la mediación de los partidos políticos. Para tal efecto –entre otras cosas–, deberá regularse por ley: (i) un determinado número de firmas (basándose, por ejemplo, en cierto porcentaje de los votos válidos de la anterior elección de diputados en la circunscripción territorial respectiva) que apoyen las candidaturas referidas, para asegurar su representatividad; y (ii) mecanismos de control, supervisión y rendición de cuentas que garanticen que los recursos de las campañas tengan un origen y uso lícito, lo cual también es aplicable a los partidos políticos”, *ibídem*, *Considerando IV.4.A.b*, en el original está en cursivas.

⁹⁹⁶ Cfr. *Ibídem*, *Considerando VI*.

Humanos durante el período 2004-2009, siendo su Presidente entre 2007-2008. Con esto no se pretende dar a entender que el paso por los órganos de control del sistema interamericano sea obligatorio y necesario para adquirir un cabal conocimiento y manejo apropiado de sus antecedentes jurisprudenciales, todo lo contrario. Pero sí que es verdad que puede advertirse alguna ventaja, aunque sea mínima, cuando entre las filas de los tribunales constitucionales y supremos se encuentran antiguos actores del sistema interamericano de derechos humanos, quienes pueden contribuir con su experiencia y especialización en el acercamiento y entendimiento de la jurisdicción nacional con la regional.

3. Acercar los extremos y cerrar la brecha: la relativización de una potestad absoluta

Como bien pudo observarse del análisis de este par de sentencias, las cuales acuden a la jurisprudencia interamericana para fortalecer sus consideraciones en la interpretación del contenido constitucional del derecho fundamental de sufragio pasivo, en materia de candidaturas independientes, o dicho de otro modo, de la relativización del monopolio de los partidos políticos en la postulación de los candidatos a cargos de elección popular, las conclusiones a las que arriban ambos tribunales constitucionales son visiblemente opuestas, no obstante el mismo material interamericano existente.

De inicio son los demandantes, en ambos casos, quienes en sus escritos invocan la normativa interamericana como materia en controversia, donde entienden que determinadas disposiciones de la legislación electoral nacional limitan o restringen de forma indebida la Convención Americana.⁹⁹⁷

Quizás la clave se encuentre en el enfoque dado al abordarse el tema por ambas jurisdicciones constitucionales, mientras la Sala Constitucional costarricense parte de la premisa de la existencia previa e histórica del monopolio de los partidos políticos, la

⁹⁹⁷ Una diferencia que puede alcanzarse a percibir entre las posturas adoptadas por los demandantes es el punto de partida y que, a la postre, tiene efectos en el posicionamiento frente al papel y función de los partidos políticos: mientras en el caso de Costa Rica se habla del deterioro de estos y su falta de representatividad, teniendo como consecuencia efectos perjudiciales en el monopolio que les favorece en la postulación de candidatos, en el caso de El Salvador se evita hacer críticas directas o en contra de los partidos políticos y, en cambio, se intenta evidenciar la posibilidad de que convivan tanto las postulaciones que hacen los partidos políticos como las que pueden ser presentadas por otros medios (grupos ciudadanos o individualmente).

Sala de lo Constitucional salvadoreña, en cambio, *a priori* no manifiesta la existencia conceptual (esto no quiere decir que niegue los datos factuales y sociales) del monopolio de los partidos, sino su actitud es la de indagar si en realidad la normativa constitucional contempla los extremos que lo validen. Esto, desde mi punto de vista, condicionó el uso de la normativa y la jurisprudencia interamericana en tanto el contraste entre la norma nacional y la norma convencional se realiza con un carácter distinto: la Sala Constitucional costarricense lo hace en forma de «confrontación», mientras la Sala de lo Constitucional salvadoreña lo hace en clave de «coordinación». Esta distinción, aunque parezca mínima, muestra ese uso y aplicación desigual que los tribunales nacionales están haciendo de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia del derecho de sufragio pasivo.

Estos dos casos ponen de manifiesto las disparidades que provocan el uso y aplicación de la jurisprudencia interamericana por los tribunales nacionales.

CONCLUSIONES

Después de recorrer el camino propuesto en el inicio, llega el momento de destacar las conclusiones más relevantes que se han venido arrastrando a lo largo del estudio del objeto de la investigación. No pueden tomarse como unas conclusiones cerradas y definitivas sino que se proponen para avanzar en la mejor comprensión del derecho a ser elegido y, en esta medida, no se hacen con la pretensión de resolver plenamente todos los problemas que actualmente anidan en la cada vez más intensa evolución del sistema interamericano de derechos humanos. En esa evolución deben ser vistas estas conclusiones que enseguida se presentan.

1. El derecho de sufragio pasivo es un *derecho democrático fundamental* en el sistema interamericano de derechos humanos. El que el sistema de derechos creado por la OEA, a partir de la Declaración Americana y la Convención Americana, y ahora con influencia creciente de la Carta Democrática, este sustentado y se estructure según el principio democrático, permite que el derecho a ser elegido adquiera indudable importancia para todas las democracias del continente. Es uno de sus pilares y por ello se vuelve imprescindible. Este carácter dual que se destaca, subjetivo y democrático para el ciudadano, sin duda, justifica una protección subsidiaria de índole internacional. Con la aparición de la jurisdicción interamericana, a través principalmente de su función de tutela individual de un extenso catálogo de derechos, el estrecho vínculo entre democracia y derechos humanos que de manera permanente había estado a lo largo de las décadas se ha vuelto más evidente en la interpretación asentada por la Corte Interamericana del *artículo 23* de la Convención Americana, precisamente donde se encuentran reconocidos los derechos políticos de todos los ciudadanos de los Estados parte.

2. Ahora bien, otra afirmación general derivada de la lectura conjunta del presente trabajo es que los cargos de elección popular están al alcance de todos los ciudadanos, o por lo menos esa es la pretensión que quiere resguardar el derecho de sufragio pasivo. Sin embargo, aquí debe introducirse un matiz relevante, y que en cierto sentido trata de restar parte del efecto universalista contenido en esa expresión, en la práctica es un derecho ejercido por muy pocas personas, por más que se garantice el

acceso a esos cargos en condiciones de igualdad. En otras palabras, es un derecho con marcado carácter elitista,⁹⁹⁸ a diferencia de la modalidad activa del sufragio (derecho de voto), donde la universalidad de su ejercicio por los ciudadanos se muestra –si no total– de manera más acentuada.

Quizás solo sea una observación menos idealista, que deja de estar anclada en el axioma «la democracia la hacemos todos» y también en la retórica universalista de los derechos humanos, para convertirse en una visión más bien en blanco y negro (como los trazos que se encuentran debajo de la pintura de los cuadros, los que retratan en su esencia la figura de las cosas), sin coloración ni abrillantadores. En el fondo lo que se quiere advertir es que el derecho a ser elegido produce, por su misma naturaleza democrática, una sensación de amplitud, pero que al rato de mirarse detenidamente en los compartimentos jurídicos que le dan soporte, estos desmienten aquella sensación y, en cambio, materialmente presentan un lugar vallado.

3. Conceptualmente, se ha llegado a la siguiente definición mínima de derecho de sufragio pasivo: es el derecho subjetivo de todo ciudadano de tener abierta la oportunidad real, de la forma más igualitaria posible, de ser votado, ya sea a través de la postulación de un ente intermedio o directamente.

4. En este sentido, el núcleo del contenido de este derecho son las condiciones abiertas que pretende dar a quienes están interesados (al ciudadano activo) en participar en la discusión de los asuntos públicos y, ulteriormente –como dice Kelsen–, en la creación del orden jurídico. En este sentido, el derecho de sufragio pasivo cumplirá con este cometido en la medida que el sistema de restricciones a su ejercicio esté lo más acotado posible y, por otro lado, cada vez más incorpore al orden jurídico nuevas fórmulas que permitan, o por lo menos no impidan, el acceso de colectivos vulnerables de la sociedad, como en nuestra realidad ha puesto de manifiesto la jurisprudencia interamericana con los pueblos indígenas.

5. Vinculada con la anterior, no obstante el relumbramiento democrático que en todo momento acompaña al derecho de sufragio pasivo, desde el instante mismo que es el

⁹⁹⁸ Resalta enseguida la coincidencia de lo aquí afirmado con los estudios de Manin, y es verdad, he leído y consultado su obra, MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, versión de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza, 1998, misma que no puedo dejar de compartir y muy seguramente guarde resabios de su punto de vista, reflejándose en el texto. Sin embargo, estimo que lo afirmado por él tiene mayor profundidad y alcance, pues se hace para todo el sistema democrático. En mi caso, deriva del análisis de un único derecho democrático y, por tanto, se hace en un espacio más concreto.

anverso de la democracia representativa (o reverso, según la perspectiva con la que se esté mirando), este es uno de los derechos subjetivos que mayormente se ve condicionado a un sistema de restricciones legítimas en su ejercicio. Las restricciones incluso se presentan mucho antes de los procesos electorales, de forma que muchos ciudadanos, en la práctica, a pesar de ser titulares de este derecho, jamás lo ejercerán o harán efectivo, es decir, no gozarán de él.

Este llamado sistema de restricciones legítimas, impuestas por el ordenamiento jurídico, se despliegan principalmente en cuatro figuras o institutos: los requisitos generales de elegibilidad electoral, la incapacidad electoral pasiva, las inelegibilidades y las incompatibilidades. Son límites que tienen distintos objetivos y funciones, pero que, en el fondo, tienden a encorsetar el libre desarrollo de este derecho. Desde la perspectiva jurídica, al ser legítimo ese encorsetamiento, que hace manejable el derecho de sufragio pasivo en cauces seguros, se justifica en la protección del fin mismo al que se debe y responde, que no es otro que el sistema democrático.

Insisto en que se tratan de restricciones legítimas, pues en el espacio donde despliega su jurisdicción el sistema interamericano de derechos humanos los poderes fácticos, principalmente los económicos y los asociados a la violencia y el narcotráfico, producen restricciones ilegítimas, mismas que pueden ser observadas en la que se ha llamado en este trabajo jurisprudencia interamericana conexas al derecho de sufragio pasivo, en específico en la eliminación por métodos violentos de opositores o representantes políticos.

6. El derecho de sufragio pasivo para desplegar todos sus efectos y, en último término, para pervivir, requiere de mantener sólidas relaciones con los demás derechos políticos y las libertades políticas. En este sentido, no es un derecho que por sí solo pueda soportar toda la carga del sistema democrático, es un peso compartido entre estos derechos. Desde esta perspectiva, la estrecha vinculación existente con las libertades de expresión, asociación y reunión con fines políticos y el derecho de voto, se abre en un cúmulo importante de acciones e interacciones recíprocas. De entre esos vínculos o relaciones la que se perfila de mayor relevancia para el derecho de sufragio pasivo es la que existe con su contraparte, el derecho de sufragio activo, en tanto están unidos sistemáticamente en la coordenada normativa.

7. Los cuatro principios sustanciales básicos que se han identificado en este trabajo, que no los únicos, a los que se sujeta la interpretación del derecho de sufragio pasivo en el espacio convencional interamericano son: *subsidiariedad*, *igualdad* y *no discriminación*, *democrático* y, por último, *proporcionalidad*. No son necesariamente sucesivos ni en este orden sino que cada uno de ellos aporta un ingrediente específico que va fortaleciendo o estructurando las pautas para su contextualización en los casos concretos y, sin duda, para hacer efectivo el contenido inserto en esos principios a través del ejercicio de un derecho individual con marcado acento colectivo.

8. La mayoría de los estudios y análisis en demasiadas ocasiones prescinden del Preámbulo de la Convención Americana como parte esencial de este instrumento regional de derechos, donde encuentran reposo principios básicos que lo modulan y guían, como son el de subsidiariedad y el democrático, sin embargo, según pudo apreciarse de la revisión jurisprudencial de las decisiones de la Corte Interamericana, siguiendo en lo esencial al Tribunal Europeo, en todo momento ha echado mano de las disposiciones preambulares para formar su doctrina, quizás con mayor ahínco y dedicación en los inicios de su andadura consultiva y decreciendo paulatinamente en sus decisiones contenciosas, teniendo explicación en el proceso de consolidación del sistema interamericano en la región, es decir, en el avance y desarrollo del sistema las bases sobre las que se asienta se controvierten menos que en los momentos de su aparición. En todo caso, el principio de subsidiariedad sigue alumbrando las relaciones entre los niveles nacional e internacional, siendo la mejor vía de comunicación en la defensa de los derechos democráticos.

9. El más extenso de los principios sustanciales de interpretación usados por la Corte Interamericana en el espacio de los derechos democráticos o, mejor dicho, el que tiene mayor alcance al dar cobijo no únicamente a los derechos políticos sino a todo el ordenamiento jurídico, es el principio de igualdad y no discriminación. De hecho, este principio también nutre y modela el orden jurídico internacional, otorgándosele el carácter de *ius cogens*, categoría que implica obligaciones de ineludible cumplimiento para los Estados, sean partes o no de instrumentos internacionales de derechos humanos, con lo cual la corriente igualitaria y no discriminatoria del ejercicio de los derechos también viene a aplicarse al derecho de sufragio pasivo. Estas dos condiciones, el uso igualitario y la prohibición de hacer discriminaciones irrazonables e injustificadas en el ejercicio del derecho a ser elegido, son el basamento de partida o, si se quiere, las

cerraduras que pretenden impedir restricciones indebidas en el acceso a los cargos de elección popular.

10. El principio que más destaca por la estrecha vinculación del binomio derechos humanos y democracia es el principio democrático. En este sentido, los contornos o límites de éste orientan y estructuran en definitiva las decisiones judiciales de la Corte Interamericana. Lo anterior resulta patente en la recepción que ha hecho la Corte Interamericana de la Carta Democrática, instrumento singular y *opinio iuris* del sistema interamericano. La complejidad presente en el proceso de elaboración de la CDI, tanto por el tema que aborda como la dinámica entre los actores que participaron en su adopción, termina por favorecer su legitimidad y autoridad como documento principal en materia democrática en la región, sostenidas ambas en el consenso regional y que se muestra en su proclamación de manera unánime. La Carta Democrática nace con una marcada vocación para la *garantía colectiva* de la democracia en el sistema interamericano y su objeto o fin principal se asienta en expandir y desarrollar el contenido de la Carta OEA, instrumento del cual depende como fuente principal de la normativa interamericana.

No obstante que la CDI no es propiamente una carta tradicional de derechos o en estricto sentido un instrumento internacional de derechos humanos, esto no ha impedido para que la jurisdicción interamericana le otorgue relevancia interpretativa y de integración para los derechos políticos contemplados en la Convención Americana. Así, la CDI se mueve sin pudor entre dos espacios opuestos en términos de aplicación: por un lado, el político y, por el otro, el jurisdiccional. En otras palabras, en el terreno político la aplicación de la CDI puede negociarse, pero en términos de protección de derechos humanos esta no es transigible. Es aquí, a mi juicio, donde se encuentra la radical diferencia y por ello es indispensable distinguir, por lo menos en el nivel teórico, los efectos producidos por la CDI, aun cuando democracia y derechos humanos se encuentren íntimamente relacionados.

11. Ahora bien, la utilización de la CDI por la Corte Interamericana es todavía precaria en su jurisprudencia en materia de derechos democráticos para poder trazar con certeza los efectos reales en este espacio del sistema interamericano, pero sobre la base de la muestra disponible pueden hacerse observaciones válidas que se comprobarán con el desarrollo futuro de una jurisprudencia más abundante. En primer lugar, la CDI se erige como el contexto jurídico-cultural común americano en clave democrática, con el

consenso suficiente para vincular a todos los Estados miembros de la OEA. Así, tiende a asentarse como marco conceptual y referencial para la interpretación de los derechos políticos, favoreciendo nuevos desarrollos. Por otro lado, en cuanto a los derechos reconocidos por este documento, como el derecho a la democracia, difícilmente la jurisdicción interamericana les dará la entidad necesaria para su tutela efectiva como derechos fundamentales, principalmente por los obstáculos técnicos presentes (titularidad y exigibilidad) y porque su base no se encuentra en la Convención Americana. Por último, cabe destacar que hasta el momento la irrupción de la CDI en el sistema interamericano de derechos humanos ha sido positiva y, desde esta perspectiva, los tribunales nacionales (principales responsables de la tutela de los derechos fundamentales) pueden ser difusores de la relación benéfica entre la CADH y la CDI.

12. La Convención Americana, tanto reconoce derechos como también autoriza a los Estados parte la posibilidad de que puedan imponer ciertas restricciones al regularlos en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Entre esos derechos susceptibles de restricción se encuentra el derecho de sufragio pasivo, con la característica particular de que se indican explícitamente las razones plausibles que justificarían las medidas restrictivas al ejercicio de este derecho. En esta tesitura, el principio de proporcionalidad se muestra como la mejor estructura de análisis de las restricciones que pudieran afectar el goce y disfrute de este derecho, fortaleciéndose además el escrutinio propuesto por este principio, en el caso particular, con la cláusula convencional de «sociedad democrática». En este sentido, a pesar de que no puede decirse que su uso se encuentre bien asentado en la doctrina jurisprudencial interamericana, su presencia cada vez mayor en los casos contenciosos que tienen que ver precisamente con la evaluación de medidas restrictivas al derecho de sufragio pasivo, muestra su aplicación sistemática, consistente en los tres pasos o niveles que lo conforman. Aunque decir lo anterior, indirectamente puede suscitar la cuestión de la doctrina del margen de apreciación nacional (como límite al principio de proporcionalidad), debido a lo sucedido principalmente en el sistema europeo de derechos humanos (una de las principales influencias para la Corte Interamericana al aplicar el principio de proporcionalidad).

13. El trabajo efectuado por la Comisión Interamericana en la comprensión y la propia evolución de los derechos políticos, en las poco más de dos décadas que delimitan el período de estudio de los casos en este nivel (1988 a 2011), le ha dado oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre cuestiones esenciales del

contenido del artículo 23 de la Convención Americana y, en especial, del derecho a ser elegido, conformando un razonable –siempre cuestionable– acervo de precedentes al respecto, que abarca desde la puerta que da acceso al reconocimiento de derechos políticos (el derecho a la nacionalidad), pasando por la discusión del monopolio de los partidos políticos para postular las candidaturas electorales y la revisión de figuras jurídicas calificadas como contrarias a los sistemas democráticos de la región, hasta la discusión de las cuotas de género que afectan la representación política de la mujer, e involucrando a 7 países de la región (Argentina, Chile, Estados Unidos, Guatemala, Haití, México y Perú). Siendo también destacable la resolución de algunos casos a través de la solución amistosa, y que señala una razón más de la importancia de las funciones de la Comisión como instancia regional de resolución de conflictos, sin la necesidad de activar la jurisdicción interamericana.

14. De las particularidades sustanciales destacables de las funciones de la Corte Interamericana se encuentra la facultad que ejerce de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, que fue perfeccionando principalmente a través de la práctica jurisprudencial y después con su reglamentación en la normativa respectiva (Reglamento CorteIDH). Esto le ha dado cierto impulso a la eficacia del sistema interamericano. Destaca, a diferencia del modelo propuesto por el sistema europeo de derechos humanos (la interacción entre el TEDH y el Comité de Ministros), que las resoluciones en esta fase se mantienen en todo momento en el contexto judicial, es decir, de inicio a fin queda en manos de la Corte Interamericana.

15. Respecto de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia del derecho de sufragio pasivo, en términos generales, las significativas sentencias en los **Caso YATAMA**, **Caso Castañeda Gutman** y **Caso López Mendoza**, sin duda, han contribuido en la región a la regeneración de ciertas instituciones que parecían, hasta hace no mucho, inamovibles; como, por ejemplo, el monopolio de los partidos políticos en la postulación de los candidatos electorales. *Impacto* que no solo se deja sentir en el terreno legislativo –la reforma constitucional y legal que llevó a cabo el Estado mexicano a la sazón del **Caso Castañeda Gutman**– sino en la recepción y aplicación que han hecho los tribunales nacionales de la jurisprudencia interamericana, llevando en el caso más significativo a darle soporte a la decisión tomada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador de introducir en el sistema electoral de dicho país la figura de las candidaturas independientes.

16. De manera individualizada, la sentencia del **Caso YATAMA** está llamada a ser el mejor puerto de referencia para toda aquella embarcación que pretenda incursionar en las profundidades del principio de igualdad y no discriminación aplicado a la participación política, particularmente cuando se trata de *grupos vulnerables*, como lo son las mujeres o los grupos, comunidades o pueblos indígenas. En este sentido, la importancia del reconocimiento que hace la Corte Interamericana de la apertura que debe caber en los sistemas electorales hacia estos grupos todavía, según entiendo, no muestra todo su beneficio.

17. La relevancia del **Caso Castañeda Gutman** para la doctrina jurisprudencial –no para la apertura de una figura jurídica en concreto en los ordenamientos jurídicos nacionales– se encuentra en la introducción de la forma estructurada del principio de proporcionalidad para la evaluación de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos políticos. Es decir, en su aplicación de forma particularizada. Esto evidentemente en beneficio de un escrutinio más estricto para su protección.

18. Ahora bien, a pesar de que la Corte Interamericana ya había adelantado algunas consideraciones en abstracto sobre la interpretación que debía hacerse del segundo apartado del artículo 23, esto es, el dispositivo que autoriza ciertas razones para la restricción del derecho de sufragio pasivo, será en el **Caso López Mendoza** donde efectivamente hay una discusión sobre su alcance (no en la sentencia propiamente sino en los votos particulares), en particular de la frase relativa a las restricciones provenientes del juez penal, pues se trataba de la discusión de la imposición por las autoridades nacionales de una sanción administrativa que afectaba el ejercicio del derecho de ser elegido. En concreto, la Corte Interamericana fijará el estándar estricto de que las restricciones solo pueden venir de un proceso penal.

19. El **Caso Argüelles y otros**, uno de los más recientes fallos, vuelve a colocar en el centro de la discusión la trascendencia de las restricciones impuestas a la participación política desde el derecho penal, por lo que la Corte Interamericana retomará la aplicación del examen de proporcionalidad que había propuesto en el **Caso Castañeda Gutman** y dejó de aplicar en el **Caso López Mendoza**, con lo cual parece clara la tendencia hacia la formalización del juicio de proporcionalidad como herramienta preferente para el análisis de las restricciones en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que son impuestas por los poderes públicos de los Estados parte. En otras palabras, los casos por venir referentes a controversias que atañen a restricciones

en el ejercicio del derecho a ser elegido tendrán definitivamente que ser analizados por el tamiz de dicho examen, no parece que pueda prescindirse fácilmente de este.

20. En este sentido, los retos a los que seguramente se verá enfrentada la Corte Interamericana en el corto y mediano plazo es el seguir manteniendo una interpretación literal del segundo apartado del artículo 23 CADH, como parece advertirse del debate generado al interior del Tribunal, y que puede ser puesto a prueba con la aparición en el nivel de la Comisión Interamericana del **Caso Gustavo Petro**, donde a pesar de mantener condiciones similares a las del **Caso López Mendoza** (sanción administrativa derivada del combate a la corrupción) las variables teóricas son distintas, en el sentido de que en el primero se trata de un representante elegido y que se encontraba en funciones (garantía del ejercicio del cargo) al momento de su inhabilitación, mientras en el segundo se trataba de un candidato en potencia (garantía de acceso).

21. Lo que se ha llamado *jurisprudencia conexa* del derecho de sufragio pasivo, en uno de sus núcleos enseña las dificultades de poder conectar afectaciones al derecho a la vida con los derechos de participación política. La erradicación violenta de opositores y líderes políticos sigue siendo la acción más lacerante para el ejercicio pleno del derecho de sufragio pasivo en la región. Pero de mayor trascendencia aparece su efecto perjudicial cuando se trata del liderazgo indígena, pues no solo se daña el proyecto de vida individual de quien se ve afectado sino que debido al tipo de formación tradicional del que son objeto, la comunidad también se ve mermada, pues se pierde un eslabón en la transmisión entre generaciones de ese liderazgo. Es decir, debido al esquema diferente en el que se aseguran las comunidades indígenas de sus líderes y representantes, los costos son mayores de lo que pudiera caber en las sociedades mayoritarias, por lo que el reto se encuentra en evidenciar esos daños diferenciados al juzgarse por los tribunales nacionales y la justicia interamericana. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha hecho un esfuerzo apreciable, no exento de vacilaciones, en señalar vulneraciones a los derechos de participación política no obstante ser dependientes del derecho omnicomprensivo a la vida.

22. Respecto del otro núcleo estudiado de esa jurisprudencia conexa, esto es, el relativo al *derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas*, en primer lugar debe destacarse que, no obstante la cercanía normativa en un mismo artículo convencional, es de una naturaleza distinta al derecho de sufragio pasivo, lo que entraña igualmente alcances y límites distintos. Esta distinción, como se subrayó en su

momento, tiene que guiar el análisis de los casos abordados por la Corte Interamericana, pues sigue sin estar claro en su jurisprudencia el diferente objeto involucrado. En segundo lugar, el contenido del derecho de acceso a las funciones públicas se ha desarrollado básicamente a través de la rama judicial. En efecto, por un lado, el papel que desempeña el juez en la sociedad y, por el otro, la independencia judicial, son los principales pilares que han guiado la construcción por parte de la Corte Interamericana de una esfera especial de protección o de garantías reforzadas para la función judicial, distinta a la que comúnmente tendrían el resto de los funcionarios estatales, lo que ha venido a poner mayor énfasis en la garantía de acceso y a destacarse las condiciones indispensables para el ejercicio de su función, que requiere de permanencia y estabilidad. Generándose con ello, ulteriormente, también incidencia en la independencia judicial institucional.

23. La recepción y aplicación que están haciendo los tribunales nacionales con las decisiones de la jurisdicción interamericana en materia de derechos democráticos son dos de las acciones con mayor flujo de movimiento, en constante vaivén. Una etapa de reacomodo, entre la influencia externa del control interamericano de derechos humanos y las corrientes internas propias de cada país, sinergia que requiere de espacio y tiempo para que los tribunales nacionales adopten y hagan suyos los razonamientos de la jurisprudencia interamericana. Por supuesto, no es una adopción automática, neutral y aséptica, todo lo contrario, se requiere de notable fuerza persuasiva, inserta en los fundamentos y argumentos de las sentencias interamericanas, sin olvidarse del ingrediente de la voluntad política de los poderes públicos de cada Estado parte en su relación con los órganos de control del sistema interamericano de derechos humanos. En este panorama, el uso del contenido de las sentencias de la Corte Interamericana por los principales tribunales nacionales es asimétrico, tanto puede dársele un uso inapropiado (fundamentar criterios que son los opuestos a los contenidos en el razonamiento de la sentencia), como en el caso de Costa Rica, o bien, ser el soporte de ayuda para introducir nuevas figuras de participación política en el sistema electoral, como sucedió en El Salvador con las candidaturas independientes.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, “Autonomía y subsidiariedad: el sistema interamericano de derechos humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 211-230.
- ACEVEDO, Domingo E. y GROSSMAN, Claudio, “The Organization of American States and the Protection of Democracy”, en FARER, Tom (ed.), *Beyond Sovereignty: Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore (Maryland), The John Hopkins University Press, 1996, pp. 132-149.
- AGUIAR, Asdrúbal, *La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2012*, Buenos Aires-Caracas, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2012.
- , *El derecho a la democracia. La democracia en el Derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, prólogo de Allan R. Brewer-Carías, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis y LÓPEZ GUERRA, Luis (eds.), *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, vols. I-II, 2009.
- ALÁEZ CORRAL, Benito, “Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía”, COSTA, Pietro y ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad y ciudadanía*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 49-125.
- , *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, prólogo de Francisco Bastida, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2006.
- ALBA BASTARRECHEA, Esther, “Inelegibilidades como límite al derecho de sufragio”, en PASCUA MATEO, Fabio (dir.), *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Asamblea de Madrid, 2010, pp. 181-201.
- ALBANESE, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, prólogo de Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, La Rocca, 1992.
- ALEXYY, Robert [1985], *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALONSO SANZ, Lucía, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, prólogo de Javier García Roca, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (de próxima publicación).

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, prólogo de Ignacio Torres Muro y Francisco J. Matia Portilla, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012.
- AMAYA, Jorge Alejandro, “El «sistema unitario» de derechos y valores políticos en la democracia (reflexiones en torno a una teoría sobre los derechos de las minorías políticas en la democracia moderna)”, en PÉREZ ROYO, Javier, URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín P. y CARRASCO DURÁN, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, t. II, pp. 5067-5083.
- _____, y LOIANNO, Adelina, “Derechos políticos y medidas cautelares de la CIDH. Reflexiones e interrogantes del caso «Gustavo Petro»”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 21, enero-junio de 2014, pp. 295-321.
- ARAGÓN, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- _____, “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 9, 2000, pp. 37-59.
- _____, “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 104-122.
- _____, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- _____, “La eficacia jurídica del principio democrático”, *REDC*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988, pp. 9-45.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, “Los recursos jurisdiccionales en relación con la proclamación de las candidaturas”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma (ed.), *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 19-34.
- ARRIGHI, Jean-Michel, “Democracia y derechos humanos en la Carta Democrática Interamericana”, *Revista do Instituto Brasileiro do Direitos Humanos*, vol. 12, núm. 12, 2012, pp. 199-210.
- _____, “El procedimiento para la adopción de enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, VV. AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, CorteIDH-Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 329-340.
- AYALA, Francisco [1934], “Presentación”, SCHMITT, Carl [1928], *Teoría de la Constitución*, versión española de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2011, pp. 15-22.
- AYALA CORAO, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 2, 2012, pp. 643-681.

- _____, *La «inejecución» de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009.
- _____, “Los mecanismos internacionales para la protección colectiva de la democracia en la Carta Democrática Interamericana”, NIKKEN BELLISHAW-HÓGG, Pedro y AYALA CORAO, Carlos, *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, Comisión Andina de Juristas-The Carter Center, 2006, pp. 88-121.
- _____, “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, VV. AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, CorteIDH-Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 341-373.
- BARBERIS, Julio A., “Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado internacional”, VV. AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, CorteIDH-Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 243-254.
- BAREIRO, Line, “Avances importantes y persistentes discriminaciones: a los derechos políticos de las mujeres”, VV. AA., *Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales*, San José de Costa Rica, IIDH-CAPEL, 2012, pp. 81-93, cuadernos de CAPEL 57.
- BARNES, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 15-49.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, VV. AA., *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, pp. 75-98.
- _____, “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos: comentario sobre la idea de representación política en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, núm. 21, 1987, pp. 199-228.
- BENAVIDES CASALS, María A., “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 1, 2009, pp. 295-310.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Dos aspectos del derecho electoral: activo y pasivo”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, vol. 5, núm. 8, 1996, pp. 91-99.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, “La composición equilibrada de las listas electorales”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma (dir.), *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 73-103.
- BLACKBURN, Robert, “The Right to Vote”, en BLACKBURN, Robert (ed.), *Rights of Citizenship*, London, Mansell, 1993, pp. 75-98.

- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990.
- _____, *La ordenación constitucional de la defensa*, Madrid, Tecnos, 1988.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, edición de Michelangelo Bovero, traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2003.
- BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch-IIDC-CorteIDH-UNAM, 2013, pp. 83-129.
- BOVERO, Michelangelo, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales y ciudadanía”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 18, diciembre de 2001, pp. 5-23.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W., “La democracia como principio constitucional”, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, traducción y prólogo de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 47-131.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, prólogo de Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2004.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “El ilegítimo «control de constitucionalidad» de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso *Leopoldo López vs. Venezuela*, septiembre 2011”, *AlbJC*, núm. 16, 2012, pp. 355-387.
- BUERGENTHAL, Thomas, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, núm. especial (en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre), 1985, pp. 111-119.
- BURCHILL, Richard (ed.), *Democracy and International Law*, Aldershot (Reino Unido), Ashgate, 2006.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 1, 2014, pp. 105-161.
- _____, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad”, en BOGDANDY, Armin von, LANDA ARROYO, César y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, pp. 287-313.
- _____, y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2009.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000.
- _____, “La vertiente fundamental del derecho de sufragio pasivo: configuración y límites constitucionales”, VV. AA., *XIII Jornadas de estudio. Los derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, vol. II, pp. 1225-1243.
- _____, *El mandato parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1991.
- CABALLERO OCHOA, José L. y RÁBAGO DORBECKER, Miguel, “Artículo 23. Derechos políticos”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 552-578.
- CAICEDO CASTILLA, José J., *El derecho internacional en el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1970.
- CAMINOS, Hugo, “The Role of the Organization of American States in the Promotion and Protection of Democratic Governance”, *Recuils des Cours. Collected courses of the Hague Academy of International Law*, 1998, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, t. 273, pp. 103-237.
- _____, “La OEA: pasado, presente y futuro”, en PERRET, Louis y REUS-BAZÁN, Águeda (comps.), *La Organización de los Estados Americanos en el centenario del sistema interamericano. Actas de Congreso, Washington, 29-10-90*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 15-26.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, prefacio de Loretta Ortiz Ahlf, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2007.
- _____, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.
- _____, “Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho”, en NIETO NAVIA, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 515-534.
- CANOSA USERA, Raúl, “Igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Interpretación y garantías constitucionales*, México, Porrúa, 2013, pp. 289-324.
- _____, “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 79-112.
- _____, *El derecho a la integridad personal*, Valladolid, Lex Nova, 2006.
- _____, FIX ZAMUDIO, Héctor y CORZO SOSA, Edgar, “El derecho a la integridad personal”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), *El diálogo entre los sistemas*

europeo y americano de derechos humanos, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 137-184.

CANTON, Santiago A., “La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y democracia”, *Revista IIDH*, núm. 42, julio-diciembre de 2005, pp. 87-104.

CARAZO ORTÍZ, Pía, “El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica”, en BOGDANDY, Armin von, LANDA ARROYO, César y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, pp. 231-285.

CARMONA CUENCA, Encarna, “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 733-764.

CARMONA TINOCO, Jorge U., “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp. 775-790.

———, “La solución amistosa de peticiones de derechos humanos en el ámbito universal y regional, con especial referencia al sistema interamericano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 5, 2005, pp. 83-122.

CAROZZA, Paolo, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2002, pp. 38-79.

CARRERAS, Francesc de y VALLÉS, Josep M., *Las elecciones. Introducción a los sistemas electorales*, prólogo de Manuel Jiménez de Parga, Barcelona, Blume, 1977.

CASAL H., Jesús M., “La cláusula de la sociedad democrática y la restricción de derechos humanos en el sistema interamericano”, VV. AA., *Memoria del X congreso iberoamericano de derecho constitucional (Lima, 16-19 de setiembre de 2009)*, Lima, IDEMSA, 2009, t. 1, pp. 148-172.

CASSEL, Douglas, “Inter-American Human Rights Law, Soft and Hard”, en SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, pp. 393-418.

———, “El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el sistema interamericano de derechos humanos?”, *Revista IIDH*, núm. 29, enero-junio de 1999, pp. 69-94.

CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, prólogo de Luis Ortega, Madrid, Marcial Pons-Instituto Nacional de Administración Pública, 2006.

CASTRILLÓN ORREGO, Juan D., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de*

- su funcionamiento*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 143-204.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- , SIECKMANN, Jan-R. y OLIVER-LALANA, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- COLAUTTI, Carlos E., *El Pacto de San José de Costa Rica: protección a los derechos humanos*, Buenos Aires, Lerner, 1989.
- COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *La democracia en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano (1946-2010)*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 2011.
- CONDE PÉREZ, Elena, *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2007.
- CONSO, Giovanni, “Preamble”, en BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto y RAIMONDI, Guido, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 5-21.
- COOPER, Andrew y LEGLER, Thomas, *Intervention without Intervening? The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, New York, Palgrave Macmillan, 2006.
- COOPER, Andrew F., “The Making of the Inter-American Democratic Charter: A Case of Complex Multilateralism”, *International Studies Perspectives*, vol. 5, núm. 1, 2004, pp. 92-113.
- CORCUERA ATIENZA, Javier, TAJADURA Tejada, Javier y VÍRGALA FORURIA, Eduardo, *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Dykinson, 2008.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, prólogo de Michelangelo Bovero, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- CORRIENTE CÓRDOBA, José A., *Valoración jurídica de los preámbulos de los tratados internacionales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973.
- CORZO SOSA, Edgar, *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- , “Las medidas provisionales: cumplimiento, impacto e incumplimiento”, en CORZO SOSA, Edgar, CARMONA TINOCO, Jorge U. y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, prólogo de Diego García-Sayán, México, Tirant lo Blanch-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, pp. 159-187.
- , “La creación pretoriana de nuevos derechos de los ciudadanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en MATIA PORTILLA, Francisco J.

- (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 141-161.
- _____ y SALAS, Armando, reseña de la obra de GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-IDP-Thomson Reuters, 2010, publicada en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 327-347.
- COSSÍO DÍAZ, José R., “México”, en TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier (dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 261-282.
- COSTA, Pietro, “Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política”, COSTA, Pietro y ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad y ciudadanía*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 19-48.
- _____, *Ciudadanía*, traducción e introducción de Clara Álvarez Alonso, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- CUÉLLAR M., Roberto, “Los derechos políticos y las realidades de la democracia”, *Revista IIDH*, núm. 42, julio-diciembre de 2005, pp. 9-33.
- DALLA VÍA, Alberto R., “Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales”, VV. AA., *Construyendo las condiciones de equidad en los procesos electorales*, San José de Costa Rica, IIDH-CAPEL, 2012, pp. 25-61, cuadernos de CAPEL 57.
- _____, “Los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, vol. 1, núm. 8, 2011, pp. 15-79.
- _____, *Teoría política y constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- DAVIDSON, Scott, “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System”, en HARRIS, David J. y LIVINGSTONE, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 213-288.
- DI CIOLO, Vittorio, “I senatori a vita nella Costituzione italiana (la verifica del poteri)”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, enero-marzo de 1968, pp. 551-639.
- DÍEZ-PICAZO, Luis M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4a. ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- DULITZKY, Ariel E., “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 3, 2007, pp. 15-32.
- DURÁN ALBA, Juan F., “La restricción de los derechos políticos de los extranjeros según el artículo 16 CEDH”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos*

Humanos, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 785-795.

_____, *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco J., BUSTOS GISBERT, Rafael y TORRES MURO, Ignacio, “Las libertades de pensamiento, información, y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 185-219.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005.

FARALDO CABANA, Patricia, “La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral”, *REDC*, núm. 101, mayo-agosto de 2014, pp. 159-179.

FARER, Tom, “Collectively Defending Democracy in the Western Hemisphere. Introduction and Overview”, en FARER, Tom (ed.), *Beyond Sovereignty: Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore (Maryland), The John Hopkins University Press, 1996, pp. 1-25.

FASSBENDER, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, pp. 51-73.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, núm. 46, julio-diciembre de 2007, pp. 43-122.

_____, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. y MÉNDEZ SILVA, Ricardo, “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 109-135.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Las «dissenting opinions»: de su inicial adscripción a los sistemas de «common law» a su progresiva generalización en el ámbito de la justicia constitucional”, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2008, t. I, pp. 227-559.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Artículo 70. Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Madrid, Edersa, 1989, t. VI, pp. 233-301.

_____, “Incompatibilidades parlamentarias (Derecho constitucional)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pp. 3498-3501.

- _____, “Inelegibilidad (Derecho constitucional)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. III, pp. 3546-3548.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, pp. 607-638.
- _____, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos Humanos. Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. III, pp. 209-224.
- _____ y SILVA GARCÍA, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, prólogo de Carlos Ayala Corao, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos M., “Preámbulo”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 29-41.
- _____, “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del art. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional”, en BOGDANDY, Armin von et al. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, IVAP-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UPF-UPV, 2012, pp. 299-348.
- FITZPATRICK, Joan, “States of Emergency in the Inter-American Human Rights System”, en HARRIS, David J. y LIVINGSTONE, Stephen (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 371-394.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 163-224.
- FOSSAS ESPADALER, Enric, *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993.
- FOX, Gregory H., “The Right to Political Participation in International Law”, en FOX, Gregory H. y ROTH, Brad R. (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 48-90.
- FRANCK, Thomas M., “The Emerging Right to Democratic Governance”, *American Journal of International Law*, vol. 86, núm. 1, 1992, pp. 46-91.

- GADAMER, Hans-Georg [1960], *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 4a. ed., traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991.
- _____, [1975], *Verdad y método II*, 5a. ed., traducción de Manuel Olasagasti, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2002.
- GALETTA, Diana-Urania, “Il principio de proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 3-4, 1999, pp. 743-771.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A., *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- GARCÍA BAUER, Carlos, “La proyectada Convención Interamericana de Derechos Humanos”, VV. AA., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 425-461.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2014.
- _____, “La «navegación americana» de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en BOGDANDY, Armin von, FIX-FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2014, pp. 459-500.
- _____, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte”, en MUÑOZ AUNIÓN, Antonio (coord.), *Por la abolición de la pena de muerte*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 229-263.
- _____, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.
- _____, “Desarrollo y criterios de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”, *AlbJC*, núm. 11, 2007, pp. 515-554.
- _____, (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, vols. I-II, 2006.
- _____, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: votos particulares*, Guadalajara (México), Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente-Universidad Iberoamericana-Universidad de Guanajuato, 2005.
- _____, “Temas en la reciente jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos”, *AlbJC*, núm. 6, 2002, pp. 651-688.
- _____, y ZANGHÌ, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 423-491.

- _____, y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009”, *AlbJC*, núm. 13, 2009, pp. 497-539.
- GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 183-224.
- _____, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-IDP-Thomson Reuters, 2010.
- _____, “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 25-53.
- _____, “Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3-P1 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 897-927.
- _____, “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 797-828.
- _____, “Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo”, en SERRANO GARCÍA, Ignacio (coord.), *La protección jurídica del discapacitado. II congreso regional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 171-189.
- _____, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y bases para una globalización de los derechos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 6, enero-junio de 2005, pp. 139-182.
- _____, *Cargos públicos representativos. Un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- _____, y VIDAL ZAPATERO, José M., “El derecho a un Tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 365-407.
- GARCÍA ROCA, Javier y DALLA VÍA, Alberto R., *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, Buenos Aires, La Ley, UBA-Facultad de Derecho, 2013.
- _____, “Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y*

americano de derechos humanos, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 221-271.

GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI. Análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula necesario en una sociedad democrática*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel [1950], *Derecho constitucional comparado*, introducción de Manuel Aragón, Madrid, Alianza, 1999.

GARCÍA-SAYÁN, Diego, “The Future of the Democratic Charter”, *Latin American Policy*, vol. 3, núm. 1, 2012, pp. 127-134, edición especial sobre la Carta Democrática Interamericana.

———, “Sistema interamericano de derechos humanos: efectos de las decisiones de la CIDH”, *Diálogo Político*, núm. 4, diciembre de 2008, pp. 11-35.

———, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, VV. AA., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

———, “La protección internacional de los derechos políticos en el contexto interamericano: la Carta Democrática Interamericana”, *Revista IIDH*, núm. 42, julio-diciembre de 2005, pp. 105-119.

———, “La tenaza de la democracia y los derechos humanos”, *Foreign Affairs en Español*, vol. 2, núm. 3, otoño-invierno de 2002, pp. 98-103.

GARRIDO GÓMEZ, María I., *La democracia en la esfera jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013.

GOLDMAN, Robert K., “Historia y acción: el sistema interamericano de derechos humanos y el papel de la CIDH”, en COVARRUBIAS VELASCO, Ana y ORTEGA NIETO, Daniel (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos: un reto en el siglo XXI*, México, El Colegio de México, 2007, pp. 109-148.

GOMES, Luiz Flávio y OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de, *Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES CANOTILHO, José J., “O princípio democrático”, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, pp. 287-332.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J., *Asociación, Constitución, ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2004.

GÓMEZ ORFANEL, Germán, “Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, enero-marzo de 2004, pp. 251-270.

———, (ed.), *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Sistema interamericano de derechos humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- , *Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos durante los procesos de democratización de los Estados partes*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2012, tesis doctoral.
- , “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 5, 2009, pp. 35-57.
- , “Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990)”, *Revista IIDH*, núm. 46, julio-diciembre de 2007, pp. 123-157.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Candidaturas independientes en México”, *Revista de Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, núm. 15, enero-junio de 2013, 26 pp.
- , “La residencia como un requisito de elegibilidad electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 225-250.
- , “Los derechos políticos y su protección en las Constituciones de las entidades federativas de México”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. II, pp. 1701-1718.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ VOLIO, Lorena, “Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el caso Yatama contra Nicaragua”, *Revista IIDH*, núm. 41, enero-junio de 2005, pp. 317-345.
- (coord.), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, las niñas y adolescentes*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, “La incuestionable trascendencia de los Preámbulos constitucionales”, en LÓPEZ GUERRA, Luis, GARCÍA RUIZ, José L. y GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (dirs.), *Constitución y desarrollo político. Estudios en homenaje al profesor Jorge de Esteban*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1221-1245.
- GORDILLO PÉREZ, Luis I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, prólogo de Pablo Pérez Tremps, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- GRAFENSTEIN GAREIS, Johanna von, “La dictadura de los Duvalier en Haití (1957-1986). Análisis de la estructura de poder y de la resistencia interna al régimen”,

Cuadernos Americanos, año XVI, vol. CCLXVI, núm. 3, mayo-junio de 1986, pp. 15-30.

GROS ESPIELL, Héctor, “Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Peruana de Derecho Público*, año 1, núm. 1, julio-diciembre de 2000, pp. 15-26.

———, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, VV. AA., *Los derechos humanos ante el siglo XXI. Karel Vasak amicorum liber*, Bruselas, Bruylant, 1999, pp. 209-241.

———, “La democracia en el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”, *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, vol. II, pp. 119-143.

———, *La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

———, “Opiniones disidentes y separadas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, núm. III, 1987-1989, pp. 23-43.

GROSSMAN, Claudio et al., *Repertorio de jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos 1980-1997*, Washington, American University, ts. I-II, 1998.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana, *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

HABERMAS, Jürgen [1994], “Ciudadanía e identidad nacional”, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 619-643.

HERDOCIA SACASA, Mauricio, “El aporte del Comité Jurídico Interamericano y del sistema interamericano a la democracia representativa”, VV. AA., *XXXIII curso de derecho internacional “El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano”*, Washington, OEA, 2007, pp. 241-262.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 2011.

HORWITZ, Betty, *The Transformation of the Organization of American States. A Multilateral Framework for Regional Governance*, London-New York, Anthem Press, 2010.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana M., “Artículo 8. Garantías judiciales”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 207-254.

ISHMAEL, Odeen, *The Democracy Perspective in the Americas*, Lanham (Maryland), University Press of America, 2009.

- JARMUL, Holly D., "Effects of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts", en FRANCK, Thomas M. y FOX, Gregory H. (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, New York, Transnational Publishers, 1996.
- JELLINEK, Georg [1895], *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, traducción de Adolfo Posada, Granada, Comares, 2009.
- _____, [1892], *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traducción de G. Vitagliano, Milán, Società Editrice Libreria, 1912.
- KELLER, Helen, FOROWICZ, Magdalena y ENGI, Lorenz, *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights. Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- KELSEN, Hans [1945], *Teoría general del derecho y del Estado*, 3a. ed., traducción de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- _____, [1952], *Principios de derecho internacional público*, traducción de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Granada, Comares, 2013.
- LEGLER, Thomas, ¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?, en BOGDANDY, Armin von et al. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, IVAP-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UPF-UPV, 2012, pp. 111-134.
- _____, "The Inter-American Democratic Charter: Rhetoric or Reality", en MACE, Gordon, THÉRIEN, Jean-Philippe y HASLAM, Paul (eds.), *Governing the Americas: Assessing Multilateral Institutions*, Boulder (Colorado), Lynne Rienner, 2007, pp. 113-130.
- _____, "Venezuela 2002-2004: The Chávez Challenge", en LEGLER, Thomas, LEAN, Sharon F. y BONIFACE, Dexter S. (eds.), *Promoting Democracy in the Americas*, Baltimore (Maryland), The John Hopkins University Press, 2007, pp. 204-224.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Derecho de manifestación, representación política y juez penal (En torno a algunos autos del juez Garzón)*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2003.
- LAUGA, Martín, "La campaña electoral: publicidad/propaganda, periodo, prohibiciones", en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 423-453.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El derecho de asociación*, Madrid, Tecnos, 1996.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, "Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios", en MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 826-851.

- MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, versión de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza, 1998.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho internacional público. Parte general*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2005.
- MARTÍN NUÑEZ, Esther, *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona, CEDECS, 1996.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Los derechos electorales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en PASCUA MATEO, Fabio (dir.), *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Asamblea de Madrid, 2010, pp. 17-114.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, María L., *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados-Senado, 2006.
- MASSÓ GARROTE, Marcos F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Madrid, COLEX, 1997.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago de Chile, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, 2005.
- _____ y NASH ROJAS, Claudio, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago de Chile, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, 2011.
- MONROY GARCÍA, María del Mar y SÁNCHEZ MATUS, Fabián, *Experiencia de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, en BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, t. I, pp. 199-240.
- MORODO, Raúl y LUCAS MURRILLO DE LA CUEVA, Pablo, *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- MORTATI, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 10a. ed., Padova, CEDAM, 1991, t. I.
- MUÑOZ, Heraldo, “El derecho a la democracia en las Américas”, *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 28, núm. 109, enero-marzo de 1995, pp. 58-82.
- NADDEO, Cecilia C., “Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el*

ámbito local. La experiencia de una década, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 2007, pp. 885-900.

NASH, Claudio, “Reseña de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005)”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 2, 2006, pp. 139-155.

NASH ROJAS, Claudio y SARMIENTO RAMÍREZ, Claudia, “Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010)”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 7, 2011, pp. 127-142.

———, “Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009)”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 6, 2010, pp. 79-92.

———, “Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 5, 2009, pp. 123-133.

NAVA GOMAR, Salvador O., “Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México. (Una aproximación)”, en MATIA PORTILLA, Francisco J. (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 3-15.

NAVARRETE MONTES DE OCA, Tarcisio, “Los derechos políticos y su defensa en el derecho internacional”, en CONCHA MALO, Miguel (coord.), *Los derechos políticos como derechos humanos*, México, La Jornada ediciones, UNAM-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1994, pp. 71-80.

———, *Protección internacional del derecho al sufragio en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. El caso de México*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1988, Tesis doctoral.

NEUMAN, Gerald L., “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 101-123.

NIETO NAVIA, Rafael, “El Estado democrático en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, VV. AA., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, CorteIDH-Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 123-142.

NIKKEN, Pedro, “Los derechos políticos como derechos humanos”, *Revista IIDH*, núm. 58, julio-diciembre de 2013, pp. 35-79.

———, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, *Revista IIDH*, núm. 43, enero-junio de 2006, pp. 13-53.

NINO, Carlos S. [1992], *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005.

- _____, “El voto obligatorio”, Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, pp. 219-227.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 1, 2011, pp. 119-156.
- _____, “Informe pericial caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcalá”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, núm. 1, 2011, pp. 339-362.
- _____, “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial referencia al Tribunal Constitucional chileno”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago de Chile, Librotecnia-CECOCH-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 353-403.
- _____, “Los senadores designados y los derechos políticos de los ciudadanos chilenos ante la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, núm. 2, 1999, pp. 215-268.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de J., “Evolución y perspectivas de la justicia electoral en América Latina”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 107-131.
- OSTROGORSKI, Mosei [1912], *La democracia y los partidos políticos*, traducción de Antonio Lastra y Andrés Alonso Martos, Madrid, Trotta, 2008.
- OTTO PARDO, Ignacio de, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, USAID, 2004.
- PASCUA MATEO, Fabio, *El control de las elecciones*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2009.
- _____, *Fuerzas armadas y derechos políticos*, prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 16a. ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- PATERNITI, Francesco, “Senatori a vita: i progetti di riforma presentati in Parlamento e la necessità di rivedere l'istituto”, *Rassegna Parlamentare*, vol. XLIX, núm. 4, octubre-diciembre de 2007, pp. 959-964.
- PATÍÑO CAMARENA, Javier, *Nuevo derecho electoral mexicano 2006*, 8a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

- PELAYO MÖLLER, Carlos M. y VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago J., “El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp. 791-812.
- PÉREZ ALBERDI, María R., *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013.
- PÉREZ-MONEO, Miguel, “Límites al ejercicio del derecho de creación de partidos políticos: ¿respeta España la jurisprudencia europea?”, en QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (coord.), *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2013, pp. 257-288.
- _____, *La selección de candidatos electorales en los partidos*, prólogo de Javier García Roca, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- _____, *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, prólogo de Javier García Roca, Valladolid, Lex Nova, 2007.
- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, “Apuntes para una teoría general de las incompatibilidades parlamentarias”, VV. AA., *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Madrid, Moneda y Crédito, 1977, pp. 641-672.
- PINTO, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, prólogo de Edmundo Vargas Carreño, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- PINTORE, Anna, *I diritti della democrazia*, Roma, Laterza, 2003.
- _____, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 2010.
- PIZA R., Rodolfo E. y TREJOS, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, prólogo de Eduardo Jiménez de Aréchaga, San José de Costa Rica, Juricentro, 1989.
- PIZZOLO, Calogero, *Sistema interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediar, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- PORRAS NADALES, Antonio J., *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- PRESNO LINERA, Miguel Á., “La representación política como derecho fundamental”, en BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (coord.), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, núm. 3 (representación política), 2004, pp. 379-430.
- _____, *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003.
- _____, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Barcelona, Ariel, 2000.
- PULIDO QUECEDO, Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, prólogo de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Civitas, 1992.

- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010, pp. 487-519.
- _____, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 229-255.
- RALLO LOMBARTE, Artemi, *Garantías electorales y Constitución*, prólogo de Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 1997.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “Ámbito, sentido y limitaciones de la libertad política por su intrínseca lógica”, *Humanitas. Anuario del Centro de Estudios Humanísticos*, Monterrey (Nuevo León), Universidad Autónoma de Nuevo León, núm. 4, 1963.
- REQUEJO PAGÉS, Juan L., “Derechos de configuración legal”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pp. 2385-2387.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Posibilidades y límites de la integración a través de derechos”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan I. (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Oñati, IVAP-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UPF-UPV, 2011, pp. 421-435.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 327-352.
- _____, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *REDC*, núm. 84, septiembre-diciembre de 2008, pp. 251-283.
- _____, “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDC*, núm. 79, enero-abril de 2007, pp. 279-307.
- _____, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995.
- REYES KURI, Juan F., “La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado, núm. 23, diciembre de 2009, pp. 147-173.
- RÍOS VEGA, Luis Efrén, *Sufragio pasivo, inmunidad parlamentaria y delincuencia organizada. El caso Godoy*, prólogo de Ricardo García Manrique, México, Porrúa, 2010.
- RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, “Parte III – Disposiciones generales y transitorias”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 927-946.

- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Guía modelo para su lectura y análisis*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan R., *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, “El preámbulo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARRIDO MAYOL, Vicente (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, vol. I, pp. 109-123.
- ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo, “Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2010, pp. 537-550.
- RUBIO LLORENTE, Francisco et al., *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.
- _____ y DARANAS PELÁEZ, Mariano (eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Sobre las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres”, en SANTIAGO JUÁREZ, Mario (coord.), *Acciones afirmativas*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011, pp. 177-194.
- _____, “En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres”, en ELÓSEGUI ITXASO, María (dir.), *Políticas de género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 345-367.
- SAGÜES, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 205-221.
- SALADO OSUNA, Ana y CORZO SOSA, Edgar, “Las medidas provisionales”, en GARCÍA ROCA, Javier et al. (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 351-421.
- SALAS CRUZ, Armando, “La Carta Democrática Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 31, julio-diciembre de 2014 (por publicarse).
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, Granada, Comares, 1999.
- SALVIOLI, Fabián, “Convergencias y divergencias de las jurisdicciones contenciosas en los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos”, en SALVIOLI, Fabián y ZANGHÌ, Claudio (coords.), *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos: el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 67-85.

- _____, “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 143-155.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La igualdad de oportunidades en las competencias electorales*, prólogo de Paloma Biglino Campos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SANDIFER, Durward V. y SCHEMAN, L. Ronald, *Fundamentos de la libertad. Relaciones entre la democracia y los derechos humanos*, traducción de Manuel Ortuño, México, UTEHA, 1967.
- SANTA CRUZ, Hernán, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, Nueva York, Naciones Unidas, 1962.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Procedimiento y garantías electorales*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- _____, “Artículo 70.1. La inelegibilidad e incompatibilidad electoral”, en CASAS BAAMONDE, María E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009, pp. 1370-1378.
- _____, “El derecho de sufragio de los extranjeros”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 50, 2008, pp. 25-33.
- _____ y DÍAZ CREGO, María, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- _____ y REVENGA, Miguel, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SARTORI, Giovanni [1976], *Partidos y sistemas de partidos. Marco para un análisis*, 2a. ed., traducción de Fernando Santos Fonsela, Madrid, Alianza, 2005.
- _____, *Elementos de teoría política*, versión española de M. Luz Morán, Madrid, Alianza, 1992.
- SCHATZ, Sara, *Murder and Politics in Mexico: Political Killings in the Partido de la Revolución Democrática and its Consequences*, New York, Springer, 2011.
- SCHMITT, Carl [1928], *Teoría de la Constitución*, versión española de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2011.
- SEPÚLVEDA, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, un cuarto de siglo de evolución y empeños”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 56, mayo-agosto de 1986, pp. 569-592.
- _____, “Posibilidad y conveniencia de elaborar un protocolo adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales, anexo a la Convención de San José, de 1969”, *Anuario Jurídico*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. XII, 1985, pp. 283-292.
- _____, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960-1981)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 46, 1983, pp. 147-162.

- SHELTON, Dinah L., *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, Cheltenham (Reino Unido)-Northampton (EUA), Edward Elgar, 2014.
- _____, "Representative democracy and human rights in the Western Hemisphere", *Human Rights Law Journal*, vol. 12, núm. 10, octubre de 1991, pp. 353-359.
- SHNABLY, Stephen J., "Constitutionalism and Democratic Government in the Inter-American System", en FOX, Gregory H. y ROTH, Brad R. (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 155-198.
- SICILIANOS, Linos-Alexander, "The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR", en SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark E. (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and Implementation*, Baden-Baden, Nomos-Ashgate, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2014, pp. 285-315.
- SMEND, Rudolf [1933], "Ciudadano y burgués en el derecho político alemán", *Constitución y derecho constitucional*, traducción de José M. Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 247-268.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J., "Artículo 70. Las inelegibilidades e incompatibilidades de los diputados y senadores y el control judicial de las elecciones al congreso y al senado", en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa-Cortes Generales, 1998, t. VI, pp. 279-321.
- _____, "Una visión institucional del proceso electoral", *REDC*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, pp. 63-80.
- SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes del derecho público*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.
- STANDAERT, Patricia, "The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, 1999, pp. 519-542.
- STEINER, Henry J., "Two Sides of the Same Coin?: Democracy and International Human Rights", *Israel Law Review*, vol. 41, núm. 3, 2008, pp. 445-476.
- TAJADURA TEJADA, Javier, "La función política de los preámbulos constitucionales", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 5, julio-diciembre de 2001, pp. 235-263.
- _____, *El preámbulo constitucional*, Granada, Comares, 1997.
- TALAMI, Maria G., *I senatori vitalizi*, Milán, Giuffrè, 1986.
- TORO HUERTA, Mauricio I. del, "El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 251, enero-junio de 2009, pp. 391-438.
- _____, "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano", en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a*

- veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 23-61.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, “El derecho fundamental a no ser discriminado: estructura y contenido jurídico”, en VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. II, pp. 255-278.
- TORRES MURO, Ignacio, “Nuevas cuestiones del derecho de sufragio pasivo”, en PASCUA MATEO, Fabio (dir.), *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Asamblea de Madrid, 2010, pp. 137-179.
- _____, *El derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1991.
- TRIMIÑO VELÁSQUEZ, Celina de J., *Aportaciones del feminismo liberal al desarrollo de los derechos políticos de las mujeres*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013.
- ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, presentación de Laurence Burgorgue-Larsen y prólogo de Manuel Pérez González, Madrid, Reus, 2007.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz M., “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 579-605.
- VALIÑA, Liliana, “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997, pp. 173-197.
- VENTURA ROBLES, Manuel E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos”, *Revista IIDH*, núm. 42, julio-diciembre de 2005, pp. 37-86.
- VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, prólogo de Javier García Roca y traducción de Pedro J. Tenorio Sánchez, Cizur Menor (Navarra), Civitas-IDP-Thomson Reuters, 2010.
- VILLANUEVA FLORES, Rocío, *El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007.
- VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia A., *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, prólogo de Germán Gómez Orfanel, México, Porrúa, 2011.

- VIO, Eduardo, “La Carta Democrática Interamericana con referencias al caso de Honduras”, *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2010, pp. 343-357.
- VIO GROSSI, Eduardo, “Fortaleza y debilidades de la Carta Democrática Interamericana: una perspectiva jurídica”, VV. AA., *Seminario internacional “La Carta Democrática Interamericana: realidad y desafíos a 10 años de su adopción”*, Santiago, Chile, 1 y 2 de diciembre de 2010, Santiago de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile-OEA, 2011, pp. 60-68.
- , “Sentencias de la Corte IDH: efectos políticos de sus fallos”, *Diálogo Político*, núm. 4, diciembre de 2010, pp. 111-136.
- VV. AA., *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, Estocolmo, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2010 (obra encabezada por Jesús Orozco Henríquez).
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WEILER, Joseph, “Introduction: European Citizenship – Identity and Differentity”, en LA TORRE, Massimo (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, pp. 1-24.
- WLASIC, Juan C., FERNÁNDEZ PUENTES, María E. y LANZA, Daniel A., *Convención Americana sobre Derechos Humanos: anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario (Argentina), Juris, 1998.
- ZALAUQUETT, José, “Democracia y derechos humanos”, VV. AA., *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Friedrich Naumann, 1990, pp. 448-477.
- ZANGHÌ, Claudio, “Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 199-228.
- ZOVATTO, Daniel, “Derechos políticos como derechos humanos”, en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 32-44.
- y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: lectura comparada”, en ZOVATTO, Daniel y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, IDEA Internacional, 2008, pp. 3-209.

DOCUMENTOS

- Acta final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Santiago de Chile, 24 de agosto-9 de septiembre de 1959*, Washington, Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, septiembre de 1959.
- Carta Democrática Interamericana: documentos e interpretaciones*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*, Washington, D. C., OEA-CIDH, 2011.
- _____, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Washington, OEA-CIDH, 2000.
- _____, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, Washington, OEA-CIDH, 1991.
- _____, *Diez años de actividades 1971-1981*, Washington, OEA-CIDH, 1982.
- _____, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*, Washington, OEA-CIDH, 1978.
- _____, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Asamblea General correspondiente a 1975*, Washington, OEA-CIDH, 1976.
- Comité Jurídico Interamericano, *Estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia. Preparado de conformidad con la Resolución III de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y la Resolución XXI de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Washington, Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1960.
- _____, *Fortalecimiento y ejercicio efectivo de la democracia. Informe preparado de conformidad con la Resolución VII de la Cuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, Washington, Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, julio de 1959.
- Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y documentos*, Washington, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria de la instalación*, San José de Costa Rica, CorteIDH-Unión Europea, 1999.
- Pacto Interamericano sobre los Derechos Democráticos*, VV. AA., *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Fundación Friedrich Naumann, 1990, pp. 562-578.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Caso Castañeda*, México, SCJN, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, serie Sentencias relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 13.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Jurisprudencia principal sobre el artículo 23

YATAMA vs. Nicaragua (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 23 de junio de 2005.

Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008.

Gelman vs. Uruguay (Fondo y reparaciones), de 24 de febrero de 2011.

López Mendoza vs. Venezuela (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 23 de agosto de 2013.

Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de agosto de 2013.

Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de mayo de 2014.

Argüelles y otros vs. Argentina (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 20 de noviembre de 2014.

2. Jurisprudencia conexa

Tribunal Constitucional vs. Perú (Fondo, reparaciones y costas), de 31 de enero de 2001.

Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), de 22 de noviembre de 2004.

Escué Zapata vs. Colombia (Fondo, reparaciones y costas), de 4 de julio de 2007.

Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela* (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 5 de agosto de 2008.

Reverón Trujillo vs. Venezuela (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 30 de junio de 2009.

Chitay Nech y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), de 25 de mayo de 2010.

Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), de 26 de mayo de 2010.

Chocrón Chocrón vs. Venezuela (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 1 de julio de 2011.

Luna López vs. Honduras (Fondo, reparaciones y costas), de 10 de octubre de 2013.

Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de agosto de 2014.

3. Jurisprudencia general (contenciosa)

Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo), de 29 de julio de 1988.

Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras (Fondo), de 15 de marzo de 1989.

Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (Fondo, reparaciones y costas), de 30 de mayo de 1999.

«Niños de la calle» (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala* (Fondo), de 19 de noviembre de 1999.

Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo), de 25 de noviembre de 2000.

Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, reparaciones y costas), de 2 de febrero de 2001.

Barrios Altos vs. Perú (Fondo), de 14 de marzo de 2001.

Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Competencia), de 28 de noviembre de 2003.

Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 2 de julio de 2004.

Ricardo Canese vs. Uruguay (fondo, reparaciones y costas), de 31 de agosto de 2004.

Tibi vs. Ecuador (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 7 de septiembre de 2004.

Masacre de Mapiripán vs. Colombia, de 15 de septiembre de 2005.

Goiburú y otros vs. Paraguay (Fondo, reparaciones y costas), de 22 de septiembre de 2006.

Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 26 de septiembre de 2006.

La Cantuta vs. Perú (Fondo, reparaciones y costas), de 29 de noviembre de 2006.

Kimel vs. Argentina (Fondo, reparaciones y costas), de 2 de mayo de 2008.

Escher y otros vs. Brasil (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de julio de 2009.

Fernández Ortega y otros vs. México (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 30 de agosto de 2010.

Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 24 de noviembre de 2010.

Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 26 de noviembre de 2010.

Brewer Carías vs. Venezuela (Excepciones preliminares), de 26 de mayo de 2014.

4. Opiniones consultivas

OC-1/82, *Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 24 de septiembre de 1982.

OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), de 24 de septiembre de 1982.

OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte*, de 8 de septiembre de 1983.

OC-4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, de 19 de enero de 1984.

OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos), de 13 de noviembre de 1985.

OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986.

OC-8/87, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 30 de enero de 1987.

OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 14 de julio de 1989.

OC-15/97, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 14 de noviembre de 1997.

OC-17/2002, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, de 28 de agosto de 2002.

OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003.

OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de 19 de agosto de 2014.

5. Otras resoluciones

Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, caso *Gelman vs. Uruguay*, de 20 de marzo de 2013.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Resolución 20/88, caso 9855, Haití, de 24 de marzo de 1988. *Caso Estiverne*.

Resolución 26/88, caso 10109, Argentina, de 13 de septiembre de 1988. *Caso Ríos Brito*.

Resolución 01/90, casos 9768, 9780 y 9828 (México), de 17 de mayo de 1990. *Caso elecciones locales en México*.

Informe 27/92, caso 10.957, México, de 28 de septiembre de 1992. *Caso Partido Socialdemócrata*.

Informe 30/93, caso 10.804, Guatemala, de 12 de octubre de 1993. *Caso Ríos Montt*.

Informe de fondo 21/94, caso 10.804 (b), Guatemala, de 22 de septiembre de 1994. *Caso Whitbeck Piñol*.

Informe de fondo 28/94, caso 10.026, Panamá, de 30 de septiembre de 1994. *Caso Jueces de Chiriquí*.

Informe de fondo 119/99, caso 11.428, Perú, de 6 de octubre de 1999. *Caso Higuchi Miyagawa*.

Informe 132/99, caso 12.135, Argentina, 19 de noviembre de 1999. *Caso Senadores Nacionales de la Provincia del Chaco*.

Informe de fondo 137/99, caso 11.863, Chile, de 27 de diciembre de 1999. *Caso Aylwin Azócar y otros*.

Informe de fondo 48/00, caso 11.166, Perú, de 13 de abril de 2000. *Caso Vásquez Vejarano*.

Informe 103/01, caso 11.307, Argentina, 11 de octubre de 2001. *Caso Merciadri de Morini*.

Informe de admisibilidad 125/01, caso 12.388, Nicaragua, de 3 de diciembre de 2001. *Caso YATAMA*.

Informe de admisibilidad 40/02, petición 12.167, Argentina, de 9 de octubre de 2002. *Caso Argüelles y otros*.

Informe de admisibilidad 51/02, petición 12.404, Perú, 10 de octubre de 2002. *Caso Espinoza Fera y otras*.

Informe de fondo 98/03, petición 11.204, Estados Unidos, de 29 de diciembre de 2003. *Caso Statehood Solidarity Committee*.

Informe de admisibilidad 67/08, petición 275-08, Venezuela, de 25 de julio de 2008. *Caso López Mendoza*.

Informe 22/11, petición 71-06 y Otras Perú, solución amistosa, 23 de marzo de 2011.
Caso Yaquetto Paredes y otros.

Resolución 5/2014, medida cautelar No. 374-13, Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia, de 18 de marzo de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica, de 28 de enero de 1987.

Gitonas y otros vs. Grecia, de 1 de julio de 1997.

Partido Comunista Unificado de Turquía vs. Turquía, de 30 de enero de 1998.

Bowman vs. Reino Unido, de 19 de febrero de 1998.

Ahmed y otros vs. Reino Unido, de 2 de septiembre de 1998.

Matthews vs. Reino Unido, de 18 de febrero de 1999.

Labita vs. Italia, de 6 de abril de 2000.

Podkolzina vs. Letonia, de 9 de abril de 2002.

Sadak y otros vs. Turquía, de 11 de junio de 2002.

Partido de la Prosperidad de Turquía vs. Turquía, de 13 de febrero de 2003.

Hirst vs. Reino Unido, de 6 de octubre de 2005 (Gran Sala).

Sukhovetskyy vs. Ucrania, de 28 de marzo de 2006.

Partido Laborista de Georgia vs. Georgia, de 8 de julio de 2008.

Yumak y Sadak vs. Turquía, de 8 de julio de 2008.

TV Vest As & Rogoland Pensionistparti vs. Noruega, de 11 de diciembre de 2008.

Sedjic y Finci vs. Bosnia and Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009.

Sitaropoulos y Giakoumopoulos vs. Grecia, de 8 de julio de 2010.

Tribunal Constitucional de España

Sentencia 85/1988, de 28 de abril de 1998.

Sentencia 192/2012, de 29 de octubre de 2012.

Sentencia en el Recurso de Inconstitucionalidad 4791/2014, de 4 de diciembre de 2014.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia SU-712/13, de 17 de octubre de 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

Sentencia en el proceso de inconstitucionalidad 61-2009, de 29 de julio de 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Resolución 456-2007, de 17 de enero de 2007.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Expediente 280-90, de 19 de octubre de 1990, apelación de sentencia de amparo (caso Ríos Montt 1)

Expediente 1089-2003, de 14 de julio de 2003, apelación de sentencia de amparo (caso Ríos Montt 2)

OBRAS DE CONSULTA

Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, núm. 1, 2013.

Boletín Trimestral con Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, núm. 2, 2009.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Comité Jurídico Interamericano, *Memoria del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos 2000-2007. Referencia bibliográfica*, Rio de Janeiro, Comité Jurídico Interamericano, 2009, http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/memoria_trabajos_2000-07.pdf.

FOX, Gregory H., “Democracy, Right to, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg, Oxford University Press-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2012, www.mpepil.com.

ABSTRACT

The study object of this thesis is one of the essential democratic rights under the American Convention on Human Rights: the right to stand. Precisely this, both the subjective right of the citizen to run for elective office, on the one hand, and the regional human rights system created by this special international treaty to grant subsidiarity protection to an extensive catalog of rights, on the other, are the two central elements of analysis. According to these coordinates, the reader will find an attempt to *theoretical conceptualization* of the right to stand (concept, nature, legitimate system of restrictions and the interaction established with other political rights is attached), the outline of the *basic principles* that order and structure in the conventional level, the analysis of the resolutions and decisions of the *supervisory bodies* of the Inter-American System on this matter (respectively of the Inter-American Commission of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights), the *use or application* that some national courts have given the Inter-American standards with respect to this right and, lastly, the *final conclusions* have been reached after the proposed route. In essence, this is a *legal study of the Article 23 ACHR*.